

# **BE\_ZIVILSTRAF ZK 2008 385 vom 29. Oktober 2009**

BE Obergericht, 2009-10-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_ZK\\_2008\\_385](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_ZK_2008_385)

FR: BE\_ZIVILSTRAF ZK 2008 385 du 29 octobre 2009

IT: BE\_ZIVILSTRAF ZK 2008 385 del 29 ottobre 2009

## **Regeste**

Action en paiement pour indemnisation en raison d'une résiliation injustifiée du contrat |  
Diverses

## **Erwägungen**

### **E. 4**

et 5 ad art. 117 et les références citées). On ne saurait donc privilégier à la légère l'alinéa 1 à l'alinéa 2, mais seulement si la sécurité juridique le commande (Keller/Kren Kostkiewicz, op. cit., n. 63 ad art. 117 ; Amstutz/Vogt/Wang, op. cit., n. 14 ad art. 117). Avec la notion de prestation caractéristique, le législateur a voulu mettre l'accent sur l'aspect fonctionnel et économique du contrat. Le rattachement se fait donc avec le droit du pays dans lequel le contrat est « sozial und wirtschaftlich eingebettet » (Amstutz/Vogt/Wang, op. cit., n. 17 ad art. 117). « La LDIP ne donne aucune définition de la prestation caractéristique. On peut la considérer néanmoins comme celle qui, d'un point de vue économique, fonctionnel et sociologique, donne à un type de contrat les contours le distinguant d'autres sortes de conventions. La prestation caractéristique pourrait être comparée au « code génétique » d'un contrat, que l'on retrouve toujours dans les accords de même type » (Dutoit, op. cit., n. 6 ad art. 117). Dans les contrats synallagmatiques opposant une prestation en nature à une prestation en argent, la prestation caractéristique est la prestation en nature. Pour deux prestations en argent, la prestation caractéristique est celle de la partie qui encourt le plus grand risque ou supporte la plus grande responsabilité. Il en va de même lorsque les deux prestations sont en nature. A titre subsidiaire, on cherchera laquelle des deux prestations peut être considérée comme un paiement pour l'autre, qui apparaîtra ainsi prioritaire (Dutoit, op. cit., n. 7 ad art. 117 ; Amstutz/Vogt/Wang, op. cit., n. 18 ad art. 117). Lorsque le contrat implique plusieurs prestations caractéristiques, par exemple en cas de contrat composé ou de contrat innommé impliquant des échanges de services ou de choses, il n'est pas possible d'examiner dans un premier temps quelle est la prestation caractéristique puisqu'il y en a plusieurs. Dans un tel cas, il faut directement définir le lien de rattachement le plus étroit (Keller/Kren Kostkiewicz, op. cit., n. 68 ad art. 117). Cela se fera sur la base de la prestation liée à l'élément contractuel considéré comme prédominant, par exemple la prestation à fournir par le représentant exclusif - et non pas la livraison par le concédant - dans le contrat de représentation exclusive (ATF 100 II 451 et 124 III 188).

### **E. 4.1**

Méthode pour le déterminer Pour déterminer le droit applicable, il a lieu de se référer à la LDIP en tant que droit international privé du for, à défaut de convention internationale applicable en l'espèce à cet examen. L'absence incontestée et avérée d'une élection de droit par les parties rendant l'art. 116 LDIP inapplicable, il sied de qualifier les relations contractuelles qui les unissent afin de déterminer quelle est la disposition déterminante,

parmi les art. 117 à 122 LDIP, pour la désignation du droit applicable. Cette qualification doit être opérée selon la loi du for (ATF 132 III 609, consid.

## **E. 4.2**

[...]

## **E. 4.3**

Considérations théoriques sur la détermination du droit applicable

### **E. 4.3.1**

Aux termes de l'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 ». Quand à l'art. 118 al. 1 LDIP – l'alinéa 2 n'étant en l'occurrence pas relevant –, il dispose que les ventes mobilières sont régies par la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. « L'art. 117, al. 1 LDIP consacre (...) le rattachement objectif du contrat au « droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Il ne s'agit pas là d'un rattachement directement applicable. Au contraire, il appartiendra au juge, dans chaque cas, de déterminer le droit applicable en fonction de l'appartenance fonctionnelle du contrat au contexte économique et social d'un Etat donné, à la lumière de tous les éléments de l'espèce et dans le respect de l'attente légitime des parties. Le manque de prévisibilité juridique inhérent à une telle démarche est en partie compensé par la présomption [réfragable] et les précisions figurant à l'art. 117, al. 2 et 3 LDIP. L'art. 117, al. 1 LDIP constitue une sorte de réceptacle dans lequel tombent tous les contrats échappant aux alinéas 2 et 3 du même article, parce que la prestation caractéristique n'existe pas ou ne traduit pas correctement le lien le plus étroit, en raison de

circonstances objectives ou subjectives. Ainsi l'art. 117, al. 1 LDIP remplace, sous une forme adoucie, la clause d'exception de l'art. 15 LDIP, en matière contractuelle » (Dutoit, Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bâle, 2005, n.

### **E. 4.3.2**

Par un contrat de distribution ou de représentation exclusive ou encore de concession exclusive (toutes expressions qui sont synonymes), une personne (le concédant) promet à une autre (le représentant ou le concessionnaire) de lui livrer des biens déterminés à un certain prix et de lui en assurer l'exclusivité dans un rayon déterminé, contre l'engagement de payer le prix et d'en promouvoir la vente dans ce rayon (cf. Tercier/Favre, Les contrats spéciaux, Zurich/Bâle/Genève, 2009, n. 7884ss, p. 1182ss). Le contrat se compose au minimum de deux éléments. Il comprend premièrement le contrat de fourniture à livraisons successives par lequel le concédant s'engage à livrer au représentant les biens que celui-ci

lui commandera. Il comprend deuxièmement une clause d'exclusivité qui est l'élément caractéristique, par laquelle le concédant s'engage à réserver au représentant l'exclusivité totale ou partielle de la distribution du produit dans un rayon déterminé, à charge pour le représentant d'en promouvoir la vente. La clause d'exclusivité peut être formulée de plusieurs façons, par exemple sous la forme d'un engagement du concédant à ne vendre qu'au représentant sur le territoire concerné, ou d'un engagement incluant une autorisation de la vente directe par le concédant avec

toutefois l'obligation faite à ce dernier de rémunérer le représentant pour les affaires ainsi conclues. Le contrat peut comprendre pour le représentant d'autres obligations, qui ne sont toutefois pas des éléments essentiels, par exemple celles de commander une quantité minimum de produits, de s'interdire d'acquérir des produits concurrents, d'engager du personnel qualifié, de promouvoir la vente et le marketing du produit, d'assurer un service après-vente, d'assumer la garantie du fabricant, de mettre sur pied et de financer une campagne publicitaire, ou encore de transmettre au concédant les demandes de clients localisés en dehors du territoire réservé. A la base du contrat, il y a un contrat de vente à livraisons successives auquel on applique les règles ordinaires de la vente, voire du contrat d'entreprise, notamment en ce qui concerne la garantie pour les défauts. Si le concédant a l'obligation de fournir les marchandises que le représentant lui commande, ce dernier doit pour sa part acquérir au prix convenu les marchandises du concédant. La clause d'exclusivité – qui interdit au concédant de vendre les mêmes produits dans le rayon réservé au représentant (sauf convention contraire) et d'en confier à d'autres la représentation – a souvent pour corollaire l'obligation faite au représentant de promouvoir la vente du produit, ce qui n'implique pas nécessairement l'obligation de commander une quantité minimum de produits. Le contrat peut en outre, afin de renforcer le lien avec le concédant, imposer au représentant l'obligation de respecter certaines conditions de vente, l'interdiction de vendre des produits concurrents, l'obligation de maintenir un stock moyen, ainsi que l'obligation de présenter régulièrement des rapports sur les ventes et le stock, etc. Il convient de noter que dans l'ATF 88 II 169 (consid. 7), le Tribunal fédéral a admis l'existence d'un contrat de représentation exclusive pour un commerçant indépendant qui dirige son affaire selon son bon vouloir et se borne à acheter auprès de son co-contractant les produits qu'il vend pour son propre compte, situation qu'il a récemment qualifiée « d'archétype du représentant exclusif » (ATF 134 III 497, consid. 4.4.2.). Comme déjà évoqué, s'agissant du contrat de représentation exclusive, les liens les plus étroits existent avec le pays où se situe le champ d'activité du distributeur car cette dernière y exerce une influence sur le commerce et sur la concurrence (Tercier/Favre, op. cit., 2009, p. 1183, n. 7893). En outre, souvent, le distributeur s'engage de manière durable à acheter une quantité minimale de marchandises, à travailler exclusivement pour le concédant, ainsi qu'à vendre en son nom propre et à ses propres risques et périls la marchandise achetée dans le rayon qui lui est attribué. Ce faisant, il s'intègre au réseau du concédant. La fin première de ce contrat est de permettre au concédant d'écouler sa marchandise dans un autre pays par un commerçant indépendant. Contrairement à ce qui se passe avec le contrat de vente, le volume du chiffre d'affaires n'est pas fixé à l'avance mais dépend du dynamisme du représentant exclusif. C'est la raison pour laquelle la prestation de ce dernier a une importance fonctionnelle et économique plus grande que celle du fournisseur (Keller/Kren Kostkiewicz, op. cit., n. 190 ad art. 117 ; Amstutz/Vogt/Wang, op. cit., n. 61 ad art. 117). De ce fait, le point de rattachement du contrat est l'Etat dans lequel réside habituellement le distributeur et non l'Etat dans lequel réside le concédant.

### **E. 4.3.3**

Quant aux contrats de vente ou d'entreprise, la prestation caractéristique – soit celle qui est exécutée en nature – est présumée celle du vendeur ou de l'entrepreneur (art. 117 al. 3 lit. a et c LDIP), raison pour laquelle le rattachement se fait, avec l'aval de la doctrine et de la jurisprudence, au lieu de résidence habituelle du vendeur ou de l'entrepreneur.

### **E. 4.4**

Qualification de la relation contractuelle de base à la lumière de la lex fori

#### **E. 4.4.1**

S'agissant du rapport de base entre les parties et à l'instar du premier juge, on peut tout d'abord noter quant au contrat de représentation exclusive signé en 1955 avec Ni. et portant sur des produits M. (PJC 4) qu'il a été dans la pratique limité au fil des ans aux compteurs M. , et que la situation de fait a été sanctionnée par écrit dans un avenant du 27 avril 2000 (PJC 5). Sur la base des déclarations du témoin F. (page 296 du dossier), il appert que cette situation de fait existait déjà depuis 1992, avec l'accord de Ni. . Toutefois, à la lecture de plusieurs pièces (par exemple, la PJA 10 p. 276), on s'aperçoit que la coexistence entre les deux représentants japonais, Ni. et la demanderesse, était encore délicate en 1996. Si tout n'était pas limpide à cette date, il n'en reste pas moins que, dans la pratique et au vu du dossier, Ni. n'a depuis 1992 plus commandé autre chose que des compteurs à la défenderesse, et que depuis cette date, la demanderesse a été le seul acheteur japonais de montres-bracelets M. , y compris les chronomètres. En 1994, la défenderesse a par ailleurs certifié par écrit à la demanderesse qu'elle était son représentant exclusif au Japon pour les montres-bracelets, y compris pour les chronographes (PJA 3 p. 8). La défenderesse prétend que cette attestation était de pure complaisance, ce qui a été catégoriquement contesté par MM. F. et St. qui ont tous deux déclaré qu'elle correspondait tant à leur volonté commune qu'à la réalité (pages 212, 214 et 296 du dossier ; cf. aussi page 132 du dossier annexe C 02 389). Aucun élément ne permet de mettre en doute leurs déclarations concordantes, étant précisé que le témoignage de F. est de manière générale d'autant plus crédible qu'il n'est pas toujours en faveur de la demanderesse, par exemple lorsqu'il s'exprime sur l'absence de rémunération prévue pour les « mandats » qu'il décrit comme des services rendus gracieusement par la demanderesse. Du reste, cette attestation était destinée à une publication dans un catalogue des importateurs, publication qui indiquait, sur la même double page, la société Ni. comme distributrice exclusive des compteurs M. (PJC 6). Nul doute que Ni. aurait réagi, voire protesté, si l'attestation au bénéfice de la demanderesse ne correspondait pas aux conventions prises, ou à tout le moins à la réalité des faits. Or, le dossier ne fait pas état de telles contestations. Enfin, il ressort de ce dernier que depuis 1992, la défenderesse n'a livré de montres-bracelets au Japon qu'à la demanderesse et le contraire n'a jamais été allégué par les parties. Cet état de fait est bien évidemment un indice important en faveur de l'existence d'un contrat de représentation exclusive conclu par les parties pour les montres-bracelets, y compris les chronomètres, et ce déjà plusieurs années avant la rupture de leurs relations commerciales. L'absence d'un contrat écrit est certes étonnante si l'on considère que la défenderesse a signé plusieurs contrats avec d'autres représentants stipulant les obligations spécifiques des parties. Il ne s'agit cependant pas d'une exception unique puisqu'un tel contrat écrit n'existait pas non plus entre la défenderesse et I.-S. , l'entreprise de Sch. , représentante exclusive de la défenderesse aux USA (cf. déclarations de Sch. , page 324 du dossier). F. a d'ailleurs expliqué de manière tout à fait plausible le caractère oral de ces contrats (page 297 du dossier) par les relations

de confiance, et même d'amitié, nouées avec MM. Sch. et St. , ce qui avait autorisé les parties à se satisfaire d'accords oraux. Aucun élément ne permet de douter de la véracité de ces déclarations. L'expérience de la vie démontre du reste qu'il n'est pas rare que des commerçants liés par des relations de confiance, voire d'amitié, renoncent à formaliser leurs accords. Or, il est en l'occurrence évident – en particulier à la lecture de leur correspondance – que les relations entre MM. F. et St. , empreintes de confiance, d'amitié et d'estime réciproques (page 297 du dossier, notamment), dépassaient le cadre purement commercial. En sus, comme le juge de première instance, il sied de relever qu'au fil des ans, la demanderesse était devenue dépendante de la défenderesse sur le plan économique et qu'en 2001, près de 80% de son chiffre d'affaires provenait de la vente de montres fournies par celle-ci (également en private label). Dans son audition, St. a du reste déclaré que son existence dépendait de sa collaboration avec la défenderesse (page 215 du dossier). Par ailleurs, c'est grâce à l'implication de la demanderesse que les ventes annuelles totales de montres de la défenderesse au Japon ont passé de 6'900'000 Yens environ, en 1995, à 32'600'000 Yens environ, en 2000, ce qui représente une augmentation de près de 500% sur une période de 5 ans (PJA 11 p. 278).

#### **E. 4.4.2**

Il ressort certes du dossier que la demanderesse n'avait aucune obligation minimum d'achat de montres et qu'elle pouvait au contraire commander les quantités qui lui convenaient ; il est même arrivé que F. s'enthousiasme de la quantité commandée par la demanderesse (PJA 9 p. 33). Bien que cette situation ne plaide pas en faveur de l'existence d'un contrat de représentation exclusive, il a déjà été exposé ci-dessus que l'obligation d'achat minimum ne constitue pas un élément essentiel de ce contrat. A ce propos, il sied de relever que F. s'est tout de même inquiété à plusieurs reprises de l'absence de commandes de la part de la demanderesse, ce qui démontre l'importance qu'avait l'activité de cette dernière pour la défenderesse (PJA 9 p. 51, PJA 10 p. 237). Par ailleurs, comme l'a fait le juge de première instance, il faut noter que le prix des montres livrées n'était pas toujours imposé par la défenderesse mais faisait parfois l'objet de négociations entre les parties (PJA 9 p. 72, PJA 10 p. 170, PJA 10 p. 130, etc.), ce qui n'est cependant pas rédhibitoire, de même que le fait qu'il soit arrivé que la demanderesse commande des montres après qu'elles aient fait l'objet de contrats de vente avec ses clients. Au surplus, au vu du dossier, il est vrai que la demanderesse n'était pas tenue d'avoir des stocks de montres M. et qu'elle était libre de fixer sur le marché japonais les prix de vente des produits en cause. Ces éléments, bien qu'ils ne correspondent pas à ceux d'un contrat de représentation exclusive typique, ne s'opposent pas non plus à son existence puisque le degré d'intégration du représentant dans le réseau du concédant est laissé à l'appréciation des parties. Il sied cependant de souligner dans ce contexte que la défenderesse a exprimé à une reprise au moins (PJA 12 p. 306) son souhait de voir le prix de revente de ses montres harmonisé dans le monde entier. Par ailleurs, la demanderesse n'avait aucune obligation minimale en matière de publicité et la défenderesse n'était pas tenue de participer aux frais y relatifs. Les rares échanges de courriers sur ce point font uniquement état d'accords ponctuels (PJA 10 p. 170, PJA 10 p. 189). Comme le premier juge, on peut en outre relever qu'il ne ressort pas du dossier que la défenderesse ait jamais tenté d'exercer un contrôle ou une surveillance quelconque sur son partenaire commercial, par exemple en demandant rapport à la demanderesse sur l'état du marché, sur sa politique en matière de démarchage de clients ou encore sur sa manière de positionner la marque M. sur le marché japonais.

Comme déjà noté en première instance, St. avait acquis au cours des années la position de conseiller de F. , et ce pas uniquement pour les modèles destinés au Japon, mais aussi pour les nouveaux modèles ainsi que pour la marche générale de la défenderesse (PJA 9 p. 41, PJA

#### **E. 4.4.3**

Au vu des faits tels qu'établis et appréciés ci-dessus, il appert que les éléments en faveur d'un contrat de représentation exclusive sont tout de même prépondérants par rapport à ceux plaidant pour la thèse de contrats successifs de vente ou d'entreprise. Comme le Président de tribunal, la Cour relève tout d'abord que les relations des parties présentent des éléments propres à la double relation contractuelle typique : des contrats réguliers de vente durant près de 10 ans, d'une part, et une exclusivité accordée à la demanderesse depuis plusieurs années au Japon pour les montres-bracelets M. , d'autre part. Certes, à l'instar de ce qu'a constaté le premier juge, plusieurs éléments fréquemment présents dans ce contrat font défaut tels que la quantité minimum de commandes, la constitution de stocks, l'obligation de faire de la publicité et l'interdiction de vendre de la marchandise concurrente. Cependant, cela n'est pas déterminant dans la mesure où ces éléments ne constituent pas des éléments nécessaires au contrat de représentation exclusive. Par ailleurs, certains aspects des relations entretenues par les parties sont quelque peu atypiques par rapport au contrat de représentation exclusive tel qu'il se présente habituellement. Il en va ainsi du fait que certaines commandes relevaient plutôt du contrat d'entreprise (montres devant répondre à des spécifications

particulières et, surtout, montres private label). Toutefois, à ce sujet, la Cour est du même avis que le juge de première instance en ce sens que la représentation exclusive peut fort bien porter sur des marchandises encore à fabriquer, y compris sur la base de spécifications données par le représentant, particulièrement lorsque les biens sont produits en série limitée, comme en l'espèce. Ce raisonnement vaut aussi pour les produits portant la marque du client (private label) de la demanderesse. Ces commandes spéciales ont été décrochées grâce à l'activité du représentant qui a trouvé les acheteurs, activité qui est elle aussi une prestation de service bien plus significative, au sens de la LDIP, que celle qu'a dû fournir la défenderesse en adaptant les produits aux spécifications demandées – soit au niveau de certains composants soit au niveau de la marque (private label) –. Ainsi, dans le cas particulier, ces spécifications ne sauraient conduire à une qualification du contrat « principal » en tant que contrat d'entreprise ; la prestation de service déployée par la défenderesse dans ce cadre relativement restreint ne déplace pas en Suisse le centre de gravité du contrat. Il en va de même du fait que la demanderesse a vendu simultanément aux montres M. , des montres d'autres marques (par exemple O. et Mo. ), les parties n'ayant pas prévu une obligation pour la première de vendre exclusivement les produits de la défenderesse (page 46 mémoire de réponse, p. 165 du dossier, et page 14 de la demande, page 14 du dossier). Enfin, les éléments cités au considérant 4.4.2. ci-dessus et qui ne corroborent pas l'existence d'un contrat de représentation exclusive ne l'excluent pas non plus, comme cela ressort du considérant 4.4.1. Restent déterminantes la volonté qu'avait la défenderesse de trouver un partenaire se chargeant de diffuser sur le marché japonais ses montres-bracelets, avec ou sans la marque M. , – activité qui n'intéressait pas le représentant exclusif de l'époque, Ni. –, ainsi que celle de la demanderesse de développer ledit marché à son profit et au profit de la défenderesse, ce qui a été fait avec le succès indiqué ci-dessus. Par ailleurs, les modalités de paiement de la demanderesse sont bien plus

compatibles avec un contrat de représentation qu'avec des contrats successifs de vente ou d'entreprise dans la mesure où elle payait irrégulièrement – parfois même d'avance – des montants inégaux et sans rapport avec des factures précises (cf. considérant 6.3. ci-dessous), selon un système s'apparentant à un compte-courant. Le contrat passé par les parties doit en conséquence être qualifié de contrat de représentation exclusive, la prestation caractéristique étant celle de la demanderesse en tant que représentante, son importance fonctionnelle et économique étant plus grande que celle de la prestation exécutée par la défenderesse. En outre, c'est au Japon que le contrat liant les parties était « eingebettet » au sens de la doctrine et de la jurisprudence. In casu, la demanderesse était le moteur de la relation commerciale entre les parties. La défenderesse dépendait – s'agissant du caractère fructueux ou non de leur relation contractuelle – du succès de l'activité de la demanderesse, consistant à trouver au Japon des clients pour les montres-bracelets, activité qu'elle déployait à ses risques et périls. Par conséquent, puisque celle-ci a son établissement au Japon (PJA 2, p. 4ss), le rattachement doit se faire avec ce pays (peu importe que cette notion soit déterminée selon l'art. 20 al. 1 lit. c LDIP – cf. Keller/Kren Kostkiewicz, op. cit., n. 45 ad art. 117 – ou selon l'art. 21 al. 4 LDIP – ATF 128 III 295 consid. 2.a. et Amstutz/Vogt/Wang, op. cit. n. 22 ad art. 117 –). Ainsi, le droit applicable au contrat « principal » est le droit japonais, conformément à l'art. 117 al. 2 LDIP. Il en va de même au regard de l'art. 117 al. 1 LDIP.

Dès lors, le droit japonais, retenu comme droit applicable à la relation contractuelle de base (contrat « principal ») s'applique à toutes les prétentions découlant de ce contrat, soit tant aux prétentions en dommages-intérêts élevées par la demanderesse en relation avec sa violation (demande principale) qu'à la prétention de la défenderesse tendant au versement du solde dû par le distributeur pour les marchandises achetées (demande reconventionnelle).

#### **E. 4.5**

[...] 5. Qualification en droit japonais des relations contractuelles des parties Il sied à ce stade de qualifier en droit japonais les relations des parties et, à cette occasion, de déterminer si les services rendus à la défenderesse par la demanderesse (recherche d'un fournisseur d'aiguilles et d'agents potentiels à Hong Kong et Singapour) doivent être englobés dans le contrat – en tant qu'éléments constitutifs de celui-ci – qui doit être retenu à la lumière du droit japonais. Cette qualification doit se faire sur la base de l'avis de droit rédigé par l'Institut suisse de droit comparé (ci-après : ISDC) et daté du 7 janvier 2008 ainsi que des sources juridiques (divers arrêts et doctrine) remises par les deux parties (avec traductions ou résumés) qui corroborent et parfois précisent ou complètent l'avis de droit. Lesdites sources peuvent être prises en compte sans autres puisqu'elles n'ont pas été mises en cause par les parties. 5.1. Considérations générales et théoriques Selon l'avis de droit de l'ISDC (pages 376-385 du dossier), les ventes successives qui ont eu lieu entre les parties peuvent être qualifiées en droit japonais de contrat de ventes successives. Le droit japonais englobe dans cette notion le contrat de distribution sélective et le contrat de distribution exclusive, contrats qui ne sont pas explicitement réglés par la loi. Le contrat de ventes successives n'est pas non plus régi par des règles juridiques spécifiques mais l'existence de cette catégorie de contrats est reconnue par la jurisprudence et la doctrine. Il peut être conclu par écrit ou par oral, pour une durée déterminée ou indéterminée. Ce contrat peut aussi consister en un « contrat-cadre » avec renouvellement d'un contrat d'application de brève durée. En général, ses caractéristiques sont les suivantes : le fournisseur s'oblige à

vendre des marchandises au distributeur qui, pour sa part, s'oblige à les vendre à des tiers (par exemple des détaillants ou des consommateurs), selon des modalités définies et sur un territoire déterminé ou restreint par le fournisseur. Le distributeur est intégré dans le circuit de distribution du fournisseur. Il n'y a pas d'obligation générale pour le distributeur exclusif de promouvoir les ventes. Une telle obligation peut cependant découler des règles de la bonne foi et son non-respect est alors susceptible de constituer une violation du rapport de confiance. Les spécificités propres au contrat de distribution sélective ou au contrat de distribution exclusive ne sont prises en compte que dans le cadre de l'appréciation de l'admissibilité dans un cas concret d'une résiliation ainsi que pour quantifier d'éventuels dommages-intérêts.

L'enjeu est ici de déterminer si l'on se trouve en présence d'une succession de contrats indépendants ou d'un contrat de longue durée – comme par exemple les contrats successifs ou le contrat de représentation exclusive ou encore le contrat de distribution exclusive –. Pour ce faire, on peut également se fonder sur la contribution de Nakata – auteur cité par l'ISDC – qui corrobore pour l'essentiel l'avis de droit de ce dernier, tout en l'affinant sur certains points. Selon Nakata (PJD 19), constituent des indices en faveur d'un contrat de longue durée les éléments suivants : • un contrat de distribution écrit, • l'implication du partenaire contractuel dans l'organisation de distribution du fabricant et l'intensité de la restriction apportée à la liberté du représentant (obligation de réaliser un chiffre d'affaires minimal, de commander une quantité minimale, d'avoir des stocks, de promouvoir la vente du produit, d'assurer le service après-vente, de renseigner le fabricant, interdiction de faire concurrence, délimitation d'un domaine de vente réservé), • l'existence d'obligations de longue durée du fabricant (quantités minimales à livrer, contributions à la publicité, etc), ainsi que • d'éventuels autres indices relatifs à la longue durée (investissements du représentant, mise en place de structures de distribution spécifiques aux produits du fabricant, renonciation par le représentant à nouer d'autres relations commerciales, etc). Toujours selon cet auteur, l'examen se fera en fonction de chaque cas d'espèce, sur la base d'une appréciation d'ensemble. Comme relevé en première instance, Nakata accorde une importance essentielle à l'étendue de la liberté économique dont disposent les parties en fonction de leurs relations contractuelles, et il met avant tout l'accent, dans ce cadre, sur l'examen de la liberté du distributeur. Plus le lien de dépendance entre les partenaires est fort, plus il faudra admettre l'existence d'une relation commerciale de longue durée. Pour cet auteur, le contrat de durée – qui peut du reste aussi être passé par oral – se caractérise par le fait que chaque partie doit respecter les intérêts de l'autre sur la base du principe de la bonne foi. La pratique commerciale des personnes concernées ainsi que leurs objectifs constituent des indices primordiaux pour qualifier leur relation. Il en va de même de leur situation économique et sociale. Lorsqu'une partie se trouve dans une situation d'infériorité telle qu'elle mérite protection, il convient en principe d'admettre l'existence d'un contrat de longue durée. Ce besoin de protection peut justifier une limitation du droit de l'autre partie de résilier le contrat. Si, dans les faits, le distributeur a limité son champ d'activité suite à la conclusion du contrat ou a renoncé à d'autres fournisseurs – en particulier s'il est devenu partie intégrante du réseau de distribution du fournisseur –, il y a lieu de considérer qu'il a ainsi restreint sa liberté, ce qui justifie qu'il bénéficie d'une protection accrue. Le besoin de protection est également donné lorsqu'un distributeur est largement dépendant de son fournisseur dans la conduite de ses affaires, ou qu'il ne peut sans difficultés changer de fournisseur. Au niveau interne, on examinera si le distributeur considère ses relations commerciales comme étant planifiées sur le long terme et si le fournisseur considère les

ventes comme parties intégrantes d'un arrangement de longue durée. En outre, la capacité qu'a le fournisseur d'influencer les activités du distributeur joue elle aussi un rôle important quant à l'étendue de la liberté respectivement de la dépendance de ce dernier. Les circonstances dans lesquelles les relations commerciales ont débuté peuvent aussi constituer un indice. Le fait qu'elles aient duré sans interruption sur

une longue période, leur fréquence, de même que le volume important des affaires conclues constituent des circonstances permettant d'admettre un haut degré de dépendance des parties. Le distributeur dont les efforts ont permis d'augmenter le fond de la clientèle doit être protégé en cas de résiliation du contrat par le fournisseur. Ce besoin de protection diminue s'il lui est loisible de s'adresser à un autre fournisseur afin de compenser les effets de la fin du contrat de longue durée. Ainsi, tant l'avis de droit de l'ISDC que Nakata insistent sur l'importance à accorder dans le cadre des contrats de durée au principe de la confiance ainsi qu'à la protection de la partie la plus faible, celle dont la liberté commerciale est la plus restreinte. En outre, force est de constater que le droit japonais pose sur les problèmes à examiner un regard relativement proche de celui porté par le droit suisse. Il accorde lui aussi une grande importance à la pondération des intérêts en présence, au besoin de protection de la partie économiquement la plus faible ainsi qu'à la bonne foi et au principe de la confiance, se montrant très attentif aux besoins et aux réalités économiques.

5.2. [...] 5.3. Au cas d'espèce 5.3.1. [...] Les éléments déterminants en l'occurrence sont clairement : • l'exclusivité de fait de la demanderesse depuis 1994 pour le Japon pour la distribution des montres-bracelets M. , • la durée des relations d'affaires qui se sont poursuivies de 1994 à 2001, ce qui représente sans conteste une longue période, • l'augmentation, entre 1995 et 2000, du montant des ventes au Japon des montres- bracelets M. de près de 500% grâce à l'engagement fourni par la demanderesse (voir considérant 4.4.1. ci-dessus), • la dépendance importante sur le plan économique de la demanderesse à l'égard de la défenderesse dans la mesure où le chiffre d'affaires de la première provenait à 80%, en 2000, de la vente des produits de la seconde, • l'importance de l'activité de la demanderesse pour la défenderesse, comme cela ressort de l'abondante correspondance entre les parties, notamment celle dans laquelle F. s'inquiète du peu de ventes et incite la demanderesse à faire un maximum pour écouler ses produits (cf. considérant 4.4.2. ci-dessus), • la position de relative faiblesse de la demanderesse – en comparaison avec la défenderesse – sur le plan commercial et social, en tant que petite entreprise familiale occupant quatre personnes seulement (en 2002, PJF 30) (alors que la défenderesse avait nettement plus de personnel et disposait en outre – à la différence de la demanderesse – de débouchés autres que le marché japonais), ces éléments étant de nature à l'obliger à se restructurer après la cessation des relations commerciales avec la défenderesse,

• les liens d'amitié et de confiance entre MM. F. et St. et leur disponibilité pour se rendre mutuellement des services (conseils, recherche de pièces, recherche de débouchés, etc), ce qui ressort de la correspondance déposée en pièces jointes, • les modalités de paiement de la demanderesse qui s'apparentaient à un système de compte-courant (cf. considérant 6.3. ci-dessous), • la volonté commune de collaborer sur le long terme exprimée durant toutes ces années par les parties. La Cour suit le premier juge lorsqu'il admet que ces éléments plaident clairement en faveur d'un contrat de longue durée au sens défini par l'avis de droit de l'ISDC et par Nakata. Ils attestent non seulement de la volonté des parties de nouer des relations sur le long terme mais aussi du fait que la demanderesse avait grandement restreint sa liberté et était devenue économiquement dépendante de la défenderesse, ce qui justifie

son besoin accru de protection. Au vu de ce qui précède, le fait que la demanderesse ait parfois passé des commandes de montres après en avoir négocié avec la défenderesse les spécificités, le prix et les conditions de paiement, n'est pas suffisant pour nier l'existence d'un contrat de longue durée, pas plus qu'il n'a permis de démentir celle d'un contrat de représentation exclusive dans le cadre de la détermination du droit applicable. Il en va de même du fait que la demanderesse a vendu simultanément aux montres M. des montres d'autres marques (par exemple O. et Mo. ), les parties n'ayant pas prévu une obligation pour la première de vendre exclusivement les produits de la défenderesse (page 46 mémoire de réponse, p. 165 du dossier et page 14 de la demande, page 14 du dossier). Si l'on considère la dépendance commerciale dans laquelle se trouvait manifestement la demanderesse, il ne fait aucun doute que les relations contractuelles entre les parties relevaient – selon le droit japonais – d'un contrat de durée – plus précisément, au vu de ses caractéristiques, d'un contrat de distribution ou de représentation exclusive – et non d'une succession de contrats indépendants les uns des autres. Quant au service rendu par la demanderesse à la défenderesse qui a cherché pour elle au Japon un fournisseur d'aiguilles, cet élément ne permet pas d'apprécier sur le plan juridique la nature du contrat « principal » passé entre les parties, car une telle activité n'est typique ni d'un contrat de représentation exclusive ni de contrats successifs et indépendants de vente. Il en va de même de la recherche par la demanderesse d'agents potentiels pour la défenderesse à Singapour et à Hong Kong. Du reste, ces lieux ne se trouvaient pas dans le rayon d'exclusivité attribué à la demanderesse de sorte que ce service n'est pas non plus significatif pour procéder à une qualification en droit japonais du contrat « principal ». 5.3.2. A ce stade, il faut examiner si les services rendus par la demanderesse à la défenderesse - lorsqu'elle a cherché un fabricant d'aiguilles au Japon pour cette dernière ainsi que des agents potentiels à Hong Kong et à Singapour - constituent un élément de ce contrat de durée ou s'ils doivent être considérés comme des contrats indépendants. Sur ce point, force est de constater que l'argumentation de la défenderesse est contradictoire et peu convaincante. Il est en effet peu cohérent d'affirmer simultanément que de tels services faisaient partie des obligations contractuelles du contrat « principal », d'une part, et que les

parties étaient uniquement liées par des contrats de vente passés de manière indépendante les uns des autres, d'autre part. En effet, un simple acheteur ne saurait avoir l'obligation de jouer l'entremetteur avec des agents potentiels ou de rechercher un fournisseur pour le compte de son vendeur. En revanche, de telles démarches peuvent fort bien s'inscrire dans le cadre d'obligations découlant d'un contrat de longue durée. De même, il est erroné de prétendre que l'admission en droit japonais d'un contrat de représentation ou de distribution exclusive exclut la conclusion d'un contrat de mandat indépendant. En effet, l'obligation de promouvoir la vente des produits du fabricant ne constitue pas en droit japonais, ainsi que le relève Nakata, un élément essentiel du contrat de distribution, mais un simple indice de son existence. En d'autres termes, les parties à un contrat de représentation ou de distribution exclusive peuvent tout à fait convenir d'une obligation spécifique de promotion ou de recherche de fournisseurs de la part du distributeur, mais sujette à rémunération. Par voie de conséquence, il appert que les services dont il est question peuvent être envisagés comme des éléments du contrat de longue durée ou comme des relations contractuelles particulières. C'est l'examen du cas d'espèce qui sera déterminant. En l'occurrence, aucun élément ne permet de dire que les démarches entreprises par la demanderesse faisaient partie de ses obligations contractuelles. F. n'a jamais fait de déclarations en ce sens. Cela est logique si l'on considère que la recherche d'agents à Singapour et à Hong Kong

susceptibles de commercialiser les montres M. concernait une zone non attribuée à la demanderesse dans le cadre de son exclusivité, et que la recherche d'un fournisseur d'aiguilles par le distributeur sort du champ d'activités usuel d'un représentant exclusif. Par ailleurs, aucun élément au dossier ne permet de soutenir, comme cela a été fait par le premier juge (page 57 des considérants), que les parties au contrat de durée étaient tenues contractuellement par le droit japonais de se rendre gratuitement de tels services. Au contraire, le fait que les démarches pour trouver de nouveaux agents aient eu lieu à Singapour et Hong Kong, soit en dehors du rayon d'exclusivité de la demanderesse, exclut que l'on puisse considérer – comme l'a fait le premier juge (page 23 des considérants de première instance) – cette activité comme découlant de la volonté de cette dernière de promouvoir en sa qualité de représentante les ventes de la défenderesse. Au surplus, la recherche concernait des agents et non des clients finaux. La Cour ne suit pas davantage le premier juge lorsqu'il estime que le mandat faisait partie intégrante du contrat de représentation, la prestation de St. étant la contre-partie des avantages qu'il tirait des relations contractuelles, dans le cadre desquelles il n'était imposé à la défenderesse ni de quantité minimum à acheter, ni d'effectuer de la publicité, et il lui était accordé des conditions privilégiées au niveau des prix et des modalités de paiement. En effet, il y a lieu de rappeler que le contrat de représentation ou de distribution exclusive ne comprend pas forcément une obligation d'achat en quantité minimale et une obligation de faire de la publicité, et que les conditions privilégiées au niveau des prix et des modalités de paiement relevaient d'accords spécifiques entre les parties et n'ont jamais été mis en relation avec une éventuelle recherche de débouchés dans d'autres pays que ceux faisant partie du rayon d'exclusivité du représentant.

5.4. Qualification des contrats indépendants et détermination du droit applicable à ceux-ci Il s'agit dès lors de qualifier au regard de la *lex fori* les contrats indépendants relatifs aux services rendus par la demanderesse à la défenderesse et de déterminer ainsi le droit applicable à ces contrats sur la base des art. 117ss LDIP. En l'occurrence, la demanderesse s'est obligée dans les deux cas (recherche d'un fabricant d'aiguilles au Japon ainsi que des agents potentiels à Hong Kong et Singapour) à rendre des services dans l'intérêt de la défenderesse, conformément à la volonté de cette dernière (Tercier, op. cit., n. 4972, p. 743). Ce constat mène – indépendamment de la question d'une éventuelle rémunération – à retenir la qualification de contrat de mandat selon l'art. 394 CO, dans la mesure où les conditions d'un autre contrat de droit suisse ne sont pas données. Partant, la prestation caractéristique est celle fournie par la demanderesse. En vertu de l'art. 117 al. 3 lit. c LDIP, le droit japonais est par conséquent également applicable à ces contrats.

5.5. Examen de la conclusion éventuelle de ces contrats indépendants au regard du droit japonais Il y a lieu d'examiner, au regard du droit japonais, de quels contrats il s'agissait et s'ils étaient venus à chef. Selon l'ISDC (page 383-385 du dossier), le droit japonais connaît le contrat de mandat qui peut être conclu par oral, sans aucune formalité. Le contrat de mandat consiste à confier à quelqu'un des actes juridiques, à la différence du contrat de quasi-mandat qui consiste à confier à quelqu'un des actes de fait. Comme les règles applicables au quasi-mandat s'appliquent par analogie au mandat, on parle dans la pratique uniquement de contrat de mandat (page 383 du dossier). En l'occurrence, comme déjà relevé, il ne fait pas de doute que la demanderesse s'est vu confier par F. la recherche d'un fournisseur japonais d'aiguilles de montre. F. admet avoir chargé la demanderesse d'effectuer lesdites recherches qui ont abouti à un résultat important pour la défenderesse car les quelques centaines d'aiguilles livrées pour une valeur de plusieurs milliers de francs (page 413 du

dossier) lui ont permis de fabriquer autant de montres (page 298 du dossier). L'existence d'un mandat, confirmée par la lettre adressée par F. à la défenderesse le 15 mars 2001 (PJD 11), doit donc être admise. La question de savoir s'il a été passé contre rémunération ou non sera examinée ci-dessous, dans le cadre de l'examen des prétentions des parties, étant précisé à ce stade que F. conteste que le contrat ait été conclu à titre onéreux. La situation est différente en ce qui concerne les recherches d'agents effectuées par la demanderesse à Singapour et à Hong Kong. Lors de son audition, St. ne s'est pas exprimé sur les circonstances dans lesquelles la défenderesse l'aurait chargé d'effectuer ces recherches, ni sur l'étendue de son mandat. Quant à F. , il a déclaré (page 298 du dossier) qu'il avait fait part à St. de son désir d'obtenir d'autres débouchés en Asie et qu'il lui avait

demandé de lui communiquer ses éventuelles idées. St. lui a transmis des noms mais F. a indiqué ignorer s'il avait effectué des démarches précises. Les recherches en question n'ont en tout état de cause abouti à aucun résultat concret. F. a contesté avoir mandaté la demanderesse pour effectuer des recherches. A en croire St. (page 214 du dossier), il avait été convenu de discuter de la rémunération lors de la foire de Bâle, au mois d'avril 2001. Selon F. en revanche, l'échange d'informations entre eux était permanent et il n'a jamais été question de rémunération pour les services qu'ils se rendaient (pages 298-299 du dossier). Tant qu'il travaillait auprès de la défenderesse, jamais la demanderesse n'avait demandé à être rémunérée pour les services rendus. A la fin des années 80 ou au début des années 90, lui-même a aussi fait des recherches au profit de celle-ci, notamment en relation avec les Montres Ri. , service qui n'avait pas non plus été rétribué. Aucun élément ne permet de mettre en doute la crédibilité de F. , d'autant moins que des relations d'amitié le liaient à St. (cf. interrogatoire de partie du 16 mai 2003 dans la procédure C 02 389, page 132 du dossier ; cf. également page 126 où F. confirme le mémoire de demande qui fait notamment valoir que la facture de la demanderesse pour ses services était sans fondement, page 66 du dossier C 02 389). Dès lors, de l'avis de la Cour, il n'est pas établi que F. ait fait autre chose que d'inviter la demanderesse à l'informer d'éventuelles idées au sujet de nouveaux débouchés en Asie. On ne saurait retenir que la défenderesse a donné à la demanderesse un mandat visant à trouver des représentants pour elle-même. L'existence d'un contrat de mandat doit donc être niée sur ce point. 6. Examen des prétentions des parties (au regard du droit japonais) [...] 7. Frais et dépens [...] Remarque : Le jugement a été confirmé par le Tribunal fédéral dans son arrêt 4A\_613/2009 du 2 juillet 2010

## **E. 9**

p. 65, PJA 14 p. 420, PJA 14 p. 469, PJA 14 p. 528). En outre, il ressort du dossier qu'à répétées reprises, la demanderesse a indiqué dans ses commandes les spécifications des composants des montres qu'elle achetait, ce qui obligeait la défenderesse à les fabriquer partiellement sur mesure (PJA 9 p. 20, PJA 9 p. 30ss, PJA 14 p. 475), voire même à renoncer à livrer faute de capacité suffisante de production ou en raison du coût de production trop élevé (par exemple : PJA 10 p. 147, PJA 10 p. 158). C'est en particulier sur cet élément que se fonde la défenderesse pour soutenir sa thèse des contrats de vente et d'entreprise successifs. De plus, une grande partie des montres commandées par la demanderesse ne portait pas la marque M. mais celle du client (private label). Tel était par exemple le cas des montres de marque Al. ou Ta. (page 299 du dossier). En d'autres termes, la défenderesse livrait, outre ses propres montres, d'autres où elle apposait le logo de l'acheteur final. Les caractéristiques des montres en question ainsi que leur prix faisaient parfois l'objet de discussions (PJA 9 p. 19, , PJA 14 p. 439, PJA 14 p. 498, parmi bien

d'autres). Selon les calculs effectués par le juge de première instance, le chiffre d'affaires total des ventes sous private label a été compris entre CHF 312'900 et CHF 321'000, alors que celui des montres de marque M. a été compris entre CHF 387'700 et CHF 395'900 (PJC 2 et 3), ce qui équivaut à un total de vente de montres sous private label équivalant à plus de 40% du chiffre total de ventes. Au surplus, il ressort du dossier que la demanderesse n'était pas tenue de mettre sur le marché japonais exclusivement des montres-bracelets de marque M. ni même uniquement des produits fournis par la défenderesse. Elle admet elle-même avoir vendu des montres-bracelets d'autres marques, par exemple O. ou Mo. (page 6 mémoire de demande), ceci même dans les grandes années de la collaboration entre les parties.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.