



**L'INDEMNITE DE L'AGENT
DANS LE CONTRAT D'AGENCE INTERNATIONALE ;
L'importance de la loi applicable et du tribunal compétent**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

TITRE 1 : LA DETERMINATION DU DROIT APPLICABLE

CHAPITRE 1 : Les conventions applicables : Les divergences de solutions

Section 1 : La convention de Rome du 19 juin 1980

Section 2 : La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation

I. champs d'application

II. Le contenu

Section 3 : des solutions divergentes

CHAPITRE 2 : atténuations

Section 1 : des situations rares

Section 2 : l'article 4.5 de la convention de Rome

Section 3 : les dispositions impératives dans ces deux conventions

TITRE 2 : LE DROIT A INDEMNITE DE L'AGENT

CHAPITRE 1 : le caractère de loi de police communautaire de l'indemnité de l'agent

Section 1 : L'arrêt de la CJCE du 9 novembre 2000 ; l'affaire Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies Inc

I. Rappel des faits :

II. La décision de la Cour

Section 2 : La position de la jurisprudence française

Section 3 : L'applicabilité des lois de police

CHAPITRE 2 : L'importance du tribunal compétent

Section 1 : Dans les contrats entre parties établies sur le territoire de l'Union Européenne

Section 2 : Dans les contrats d'agence entre une partie établie en Europe et une partie établie dans un pays tiers

I. le choix des tribunaux compétents par les parties

II. l'absence de choix

TITRE 3 : LE CALCUL DE L'INDEMNITE

Section 1 : le montant de l'indemnité en droit français avant la directive européenne

Section 2 : l'option de la directive européenne

Section 3 : conséquence sur les contrats internationaux

I. Une clause du contrat

II. Le choix d'une loi neutre

TITRE 4 : L'INDEMNITE DE L'AGENT DEVANT LE TRIBUNAL ARBITRAL

Section 1 : l'application des dispositions impératives par les arbitres internationaux

Section 2 : La référence à la lex mercatoria

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le contrat d'agence est un contrat de distribution. Mais il existe de nombreuses formes de distribution et les distributeurs n'ont pas tous le même statut ; certains sont des revendeurs juridiquement indépendants (concessionnaires, franchisés, distributeurs sélectifs, licenciés exclusifs), d'autres sont des intermédiaires (agents commerciaux, courtiers, commissionnaires) et d'autres enfin ont le statut de salariés (VRP).

En France, les professions d'agents commerciaux et de VRP sont tellement réglementées qu'elles n'ont plus leur place dans le droit commun tant et si bien qu'on n'en trouve plus que quelques traces dans les ouvrages sur le droit de la distribution.

L'agence commerciale fait l'objet de réglementations légales depuis 1958¹. En revanche, dans d'autres pays, les choses étaient bien différentes avant 1986 ; certains tels que les pays de Common law n'encadraient pas la profession légalement.

Or, le recours fréquent au contrat d'agence, notamment au niveau international, ajouté à l'absence de règles pour certains Etats et aux divergences entre les législations des Etats ayant légiféré en la matière a contraint la Communauté européenne à intervenir. C'est dans ce contexte qu'est née la directive n°86-653 du 18 décembre 1986 transposée en droit français par la loi n°91-593 du 25 juin 1991. Cette directive répond à une double préoccupation :

- harmoniser les législations nationales
- assurer la protection des agents commerciaux

L'indemnisation de l'agent fait partie de ces dispositions protectrices. Il s'agit de la caractéristique juridique essentielle du contrat d'agence dans la mesure où aucun autre contrat de distribution mis à part le contrat de VRP ne prévoit une indemnisation pour cessation du contrat. En effet, à la fin du contrat d'agence, la part de marché, créée ou entretenue et fidélisée par l'agent qui agit au nom et pour le compte du commettant, reste au commettant. Conscients de cette réalité économique, chaque Etat qui avait légiféré en la matière avant l'avènement de la directive européenne avait prévu cette indemnisation.

Depuis l'entrée en vigueur de la directive de 1986, chaque Etat membre de l'Union Européenne dispose désormais de dispositions légales réglementant le statut d'agent commercial. L'indemnité étant prévue par la directive, elle est désormais reconnue en cas de cessation du contrat dans chaque Etat européen.

Néanmoins, la directive n'a fait qu'harmoniser le droit de l'agence commerciale et ne l'a pas unifié. Chaque Etat ayant sa propre conception du contrat d'agence, les différentes lois de transposition sont empruntées de la tradition de chaque Etat en la matière. Notamment, s'agissant du montant de l'indemnité octroyée à l'agent en fin de contrat, des divergences perdurent entre Etats membres.

Par ailleurs, si le principe de l'indemnité est aujourd'hui acquis sur le territoire de l'Union Européenne, ce n'est pas le cas partout dans le Monde ; les Etats-Unis, à titre d'exemple, ne connaissent pas de telles dispositions protectrices de l'agent commercial.

L'octroi de l'indemnité de l'agent commercial est une problématique très intéressante en droit international privé car elle réunit tous les aspects de la matière. Le choix de la loi applicable a son importance, mais celui du tribunal compétent également car il semble que les dispositions concernant l'indemnité de l'agent commercial soient des lois de police. L'absence de certitude sur ce dernier point est issue du fait que c'est la Cour de justice des Communautés Européennes (CJCE) qui a affirmé que les dispositions de la directive européenne de 1986 relatives à l'indemnité sont des lois de police applicable sur le territoire européen. Or, l'édiction de lois de police a toujours été considérée comme l'exercice de la souveraineté d'un Etat. Ce sont les Etats qui établissent quelles règles constituent des lois de police sur leur territoire.

L'objectif de ce développement étant d'être le plus « pratique » possible, nous envisagerons toutes les situations internationales concernant le droit et le calcul de l'indemnité de l'agent.

¹ Décret du 23 décembre 1958

Dans cette optique, nous étudierons tout d'abord le droit applicable à un contrat international d'agence (titre 1), puis nous verrons les conséquences du droit applicable sur le droit à indemnité de l'agent (titre 2) et sur le calcul de cette indemnité (titre 3). Nous donnerons enfin un aperçu du sort de l'indemnité devant le tribunal arbitral (titre 4).

Guillaume ARMAND

Bénédict VIDAL

Associé Gérant

TITRE 1 : LA DETERMINATION DU DROIT APPLICABLE

Dès 1910, la Cour de Cassation dans l'arrêt *American Trading Co.*², a fixé un principe selon lequel la loi applicable au contrat est la loi d'autonomie, c'est-à-dire la loi choisie par les parties.

La seule limite à ce libéralisme était l'exigence du rattachement du contrat à une loi étatique (arrêt des *Messageries maritimes*, du 21 juin 1950³) aujourd'hui très discuté en raison de l'essor de la *lex mercatoria*.

Toujours d'après l'arrêt *American Trading Co.*, en cas d'absence de choix par les parties, le juge devait rechercher, d'après le contenu du contrat et les circonstances de la cause, celle qui exprimait le mieux la localisation objective du contrat.

En conséquence, même si aucune clause de droit applicable ne figure au contrat, il convient de rattacher ce contrat au droit d'un Etat. Pour ce faire, les juges du For appliquent leurs règles de droit international privé (DIP).

Pour faire face aux différences entre les règles de DIP des différents Etats, plusieurs conventions sur la détermination de la loi applicable à une situation juridique données sont entrées en vigueur notamment au niveau européen.

Deux conventions sur la loi applicable ont vocation à s'appliquer en matière d'agence commerciale (chapitre 1). Nous verrons que ces deux conventions peuvent apporter des solutions opposées sur la loi applicable à certains contrats d'agence, mais que ces divergences doivent être relativisées (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : Les conventions applicables : Les divergences de solutions

Les deux conventions ayant vocation à s'appliquer sont la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. La convention de Rome est une convention européenne « générale ». La convention de La Haye est une convention « spéciale » car uniquement applicable aux contrats d'intermédiaires.

La France est signataire de ces deux conventions. En vertu du principe de spécialité, la convention de La Haye l'emporte sur celle de Rome pour résoudre un conflit de loi en matière d'agence commerciale. Dès lors les juges français n'appliqueront jamais la convention de Rome pour déterminer la loi applicable à un contrat d'agence.

Section 1 : La convention de Rome du 19 juin 1980

La convention de Rome de 1980 sur la loi applicables aux obligations contractuelles a opéré une codification internationale du droit international privé. Comme pour tout contrat, elle a vocation à s'appliquer aux contrats internationaux d'agence commerciale.

La convention de Rome pose pour principe, en son article 3.1, la liberté de choix des parties :

« Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ».

En l'absence de choix de la loi applicable au contrat, il faut se référer à l'article 4 de la Convention.

²Cass. Civ. 5 décembre 1910, JDI 1912, 1156

³ Rev. crit. 1950. 609 ; « Attendu que, si tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat... »

L'article 4.1 énonce : « *le contrat est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits* » ; et l'article 4.2 établit une présomption selon laquelle : « *il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale* ».

La « *prestation caractéristique* » est définie comme celle qui a pour contrepartie l'argent. Dans un contrat d'agence, la partie qui fournit la prestation caractéristique est par conséquent l'agent.

Ainsi, imaginons un contrat conclu entre un commettant français et un agent allemand devant s'exécuter en France. L'agent allemand fournit la prestation caractéristique ; par conséquent, la loi applicable au contrat est, en l'absence de choix des parties et en application des articles 4.1 et 4.2 de la convention de Rome, la loi allemande.

Mais, cette présomption établie par l'article 4.2 de la convention de Rome n'est qu'une présomption simple. En effet, d'après l'article 4.5 de cette même convention, cette présomption est écartée « *lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* ».

Dès lors si on reprend l'exemple évoqué ci-dessus, on peut penser que dans pareil cas, les tribunaux compétents déclareront la loi française applicable puisque le commettant est français et surtout le contrat doit être exécuté en France.

Section 2 : La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation

I. champs d'application

Cette convention est entrée en vigueur le 1^{er} mai 1992 en France, en Argentine et au Portugal, et le 1^{er} octobre au Pays-Bas.

Si le juge d'un de ces quatre Etats est saisi d'un contrat d'agence conclu postérieurement à la date d'entrée en vigueur de cette convention, il est tenu d'appliquer les règles de conflit de loi y figurant.

Comme la convention de Rome, la convention de La Haye est une convention dite universelle, c'est-à-dire applicable sans conditions de réciprocité, même si elle conduit à appliquer la loi d'un Etat non contractant.

II. Le contenu

Comme la Convention de Rome, la Convention de La Haye établit pour principe l'autonomie de la volonté en son article 5 :

« *La loi interne choisie par les parties régit le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire* ».

L'article 6 énonce les rattachements subsidiaires du contrat en l'absence de choix des parties sur la loi applicable au contrat :

« *la loi applicable est la loi interne de l'Etat dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle*.

Toutefois la loi interne de l'Etat dans lequel l'intermédiaire doit exercer à titre principal son activité est applicable, si le représenté a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet Etat ».

Reprenons l'exemple visé ci-dessus entre un commettant français et un agent allemand s'exécutant en France. Si on applique la Convention de La Haye (encore faut il que les tribunaux français soient saisis, l'Allemagne n'étant pas partie à la Convention de La Haye), la loi applicable sera la loi française en application de l'article 6.2 (loi du lieu d'exécution si le commettant a son établissement dans ce pays).

En revanche, si le contrat devait être exécuté en Allemagne, on appliquerait l'article 6.1 (loi du lieu où l'agent a sa résidence) et la loi applicable serait la loi allemande.

Section 3 : des solutions divergentes

Dans l'exemple choisi ci-dessus (contrat entre un commettant français et un agent allemand s'exécutant en France), l'application de l'une ou l'autre de ces conventions conduirait apparemment à des solutions divergentes.

Comme l'ont fait chaque auteur ayant envisagé cette problématique⁴, la meilleure façon d'explicitier les divergences de solutions entre ces deux conventions est de dresser un tableau récapitulatif :

| Etablissement du commettant | Etablissement de l'agent | Lieu d'exécution du contrat | Convention de La Haye | Convention de Rome |
|-----------------------------|--------------------------|-----------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|
| <i>France</i> | <i>Etats-Unis</i> | <i>France</i> | <i>Art 6.2 loi française</i> | <i>Art. 4.2 loi californienne</i> |
| Etats-Unis | France | France | Art 6.2 loi française | Art. 4.2 loi française |
| France | Etats-Unis | Etats-Unis | Art 6.2 loi californienne | Art. 4.2 loi californienne |
| Etats-Unis | Etats-Unis | France | Art 6.2 loi californienne | Art. 4.2 loi californienne |
| France | France | Etats-Unis | Art 6.2 loi française | Art. 4.2 loi française |
| <i>Etats-Unis</i> | <i>France</i> | <i>Etats-Unis</i> | <i>Art 6.2 loi californienne</i> | <i>Art. 4.2 loi française</i> |

Il ressort de ce tableau que les règles de conflit de loi en droit international privé ne sont pas véritablement unifiées en matière d'agence commerciale internationale. Force est de constater que les dispositions de la convention de La Haye apparaissent moins protectrices que celles de la convention de Rome. En effet, dans le dernier cas, si l'agent, établi en France, est mandaté par un commettant américain pour exécuter le contrat aux Etats-Unis, il ne pourra se voir octroyer une indemnité en fin de contrat puisque la convention de La Haye rendrait la loi californienne applicable à cette situation.

4 J.M. LELOUP « agents commerciaux, statuts juridiques, stratégies professionnelles », p.310 et C.DILOU « le contrat international d'agence », p.275.

CHAPITRE 2 : atténuations

Section 1 : des situations rares

Les deux situations (ci-dessus soulignées) dans lesquelles l'application de l'une ou l'autre de ces conventions donnerait des solutions divergentes apparaissent très rares. Il s'agit en effet de contrats d'agence dans lequel le commettant établi dans un pays A choisi un agent membre établi dans un pays B pour exécuter le contrat dans le pays A.

La situation semble dès lors peu probable au vu du but poursuivi par les commettants lors de la conclusion de contrats d'agence ; les entreprises mandatent généralement des agents afin de conquérir des marchés dans des pays étrangers. Ils choisissent par conséquent des agents ayant une connaissance de ce marché, et donc le plus souvent la nationalité, ou du moins la culture du territoire dans lequel ils doivent exécuter leur contrat. Si un commettant français souhaite mandater en agent pour exécuter une mission en France, pourquoi irait-il le chercher en Irlande ?

Section 2 : l'article 4.5 de la convention de Rome

Le tableau ci-dessus a été dressé sous réserve de l'application de l'article 4.5 de la convention de Rome.

Or il existe dans la jurisprudence française une tradition selon laquelle une place importante est laissée au critère du lieu d'exécution du contrat au niveau international. Ainsi, dans une affaire de 1980, soit bien avant l'entrée en vigueur de ces deux conventions, la Cour de Cassation a fait application de ce critère du lieu d'exécution⁵. Il s'agissait d'un contrat entre un commettant belge et un agent français exerçant en France qui ne prévoyait pas de clause d'*electio juris*. Le commettant met fin au contrat et l'agent demande le versement d'une indemnité compensatrice du préjudice subi. La Cour d'appel de Douai fait droit à cette demande. La Cour de Cassation confirme cet arrêt estimant que les parties avaient entendu soumettre leur contrat à la loi française en raison du lieu de conclusion mais surtout du lieu d'exécution de celui-ci.

Comme nous l'avons vu, l'article 4.5 de la Convention de Rome écarte la présomption de l'article 4.2 selon laquelle le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

Or, au vu de l'importance donnée au critère du lieu d'exécution du contrat au niveau international, il semble probable que les juridictions fassent souvent application de cet article 4.5 de la Convention de Rome face à un litige relatif à un contrat d'agence ce qui aurait pour conséquence de mettre fin aux divergences de solutions entre les conventions de Rome et La Haye.

Toutefois, il ne s'agit là que d'une supposition et le juge reste seul maître de l'application de l'article 4.2 ou 4.5 de la Convention de Rome. L'incertitude quant à la solution reste donc de rigueur. Par ailleurs le critère du lieu d'exécution n'est pas toujours infaillible ; il devient notamment inutile lorsque le contrat est exécuté dans plusieurs pays différents ce qui est fréquent en matière internationale.

Section 3 : les dispositions impératives dans ces deux conventions

Comme il sera détaillé ci-dessous, le droit à indemnité de l'agent commercial est une loi de police sur le territoire de l'Union européenne. Les lois de police sont des normes faisant obstacle à l'autonomie de la volonté. Il s'agit en effet de dispositions impératives qui doivent être appliquées par le juge français si la relation juridique concerne le territoire français, et ce même si ladite relation est régie, par une loi étrangère.

⁵ Cass.civ, 25 mars 1980, Mercator Press, RCDIP, 1980, p.576.

Or, les deux conventions sus visées, dans des articles pour le moins similaires⁶, prévoient que les lois de police du For doivent être appliquées par le juge du For. Ainsi, les lois de police françaises s'appliqueront chaque fois que le contrat sera exécuté en France.

En conséquence, si nous reprenons le premier cas figurant dans le tableau ci-dessus dépeint, à savoir un contrat entre un commettant français et un agent américain devant s'exécuter en France, quand bien même la loi applicable serait la loi californienne en vertu des dispositions de la Convention de La Haye, le juge français pourra tout de même accorder l'indemnité à l'agent en application de cette convention qui prévoit l'application des lois de police du For.

En conclusion, nous pouvons dire qu'un agent européen mandaté par un commettant établi hors Union Européenne pour exécuter une mission au sein de l'Union européenne, a tout intérêt, lors de la négociation du contrat à se préoccuper de la détermination du tribunal compétent plutôt que de la loi applicable. En raison de ce caractère de loi de police, un tribunal européen fera toujours droit à sa demande d'indemnisation de fin de contrat que celle-ci soit prévue au contrat ou non, et même si la loi applicable en vertu d'une clause du contrat ou en application des règles de DIP ne prévoit pas une quelconque indemnité. Notons par ailleurs, que l'indemnisation de l'agent n'est pas la seule disposition de la directive à être considérée comme une loi de police. Il s'agit en fait de toutes les dispositions protectrices de l'agent commercial : commission de l'agent, préavis de rupture et indemnisation.

Cependant, un problème demeure ; celui de la reconnaissance des décisions étrangères dans chaque pays. Une décision française condamnant un commettant américain à payer une indemnité de cessation de contrat à un agent français sur le fondement du caractère de loi de police peut elle être rendue exécutoire aux Etats-Unis ?

Le principe étant que chaque Etat détermine librement quelles sont les conditions requises pour qu'une décision étrangère puisse produire des effets dans son ordre juridique, rien n'est moins sur.

⁶ article 7.2 de la convention de Rome et article 16 de la convention de La Haye

TITRE 2 : LE DROIT A INDEMNITE DE L'AGENT

En vertu du principe d'autonomie de la volonté, le juge doit se conformer au choix des parties et appliquer la loi définie par ces dernières pour régir leur contrat, et en cas d'absence de droit applicable au contrat, rechercher la loi applicable selon ses règles de DIP. Toutefois, en présence de lois de police applicables au litige, le juge doit les appliquer, et ce même si la loi applicable n'est pas la loi du For.

Sur le territoire européen, la réglementation de l'agent commercial est issue de la directive du Conseil n°86/653 du 18 décembre 1986. Tous les Etats membres depuis 2004 ont, depuis 1995, transposé dans leur droit interne cette directive européenne.

En règle générale, l'édiction de loi de police est réservée au Etats. Mais pour la première fois, c'est la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) qui semble avoir proclamé le droit à indemnité de l'agent commercial « loi de police communautaire » (Chapitre 1). En conséquence, dans certains contrats, la clause de droit applicable sera beaucoup moins importante que la clause de compétence juridictionnelle (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : le caractère de loi de police communautaire de l'indemnité de l'agent

Section 1 : L'arrêt de la CJCE du 9 novembre 2000 ; l'affaire Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies Inc

I. Rappel des faits

Dans cette affaire, une société anglaise, agent commercial depuis près d'une dizaine d'années d'une société de droit californien pour les territoires britanniques et irlandais, avait engagé, en raison de la résiliation du contrat, une action en vue d'obtenir le paiement d'une commission et d'une indemnisation sur la base de la législation britannique (issue de la transposition de la directive 86/653).

A cette demande formée devant la Court of Appeal anglaise, la société américaine opposait la clause de droit applicable du contrat. En effet, ce contrat était régi par le droit californien qui ne prévoit pas de protection de l'agent commercial et donc pas d'indemnisation de fin de contrat.

La Court of Appeal décidait de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice des Communautés européennes la question de savoir si la protection prévue par la directive était applicable en l'espèce.

II. La décision de la Cour

1. Une décision fondée sur les objectifs du droit communautaire de l'agent commercial

Comme nous l'avons déjà évoqué auparavant, le droit communautaire de l'agent commercial a pour objectif de garantir une protection harmonisée de l'agent commercial.

La protection prévue par la directive constitue une harmonisation minimale impérative. Cette protection s'impose non seulement aux Etats membres qui ne peuvent prévoir qu'une protection plus renforcée, mais elle lie également les parties qui ne peuvent y déroger. En effet, le point 21 de l'arrêt énonce que « *l'article 17 fait obligation aux Etats membres de mettre en place un mécanisme de dédommagement de l'agent commercial après la cessation du contrat* », et le point 22 que « *les parties ne peuvent y déroger au détriment de l'agent commercial avant l'échéance du contrat* ».

Le point 24 de l'arrêt établit que cette décision est fondée sur les objectifs du droit communautaire et particulièrement « *la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée* » puisque « *l'observation desdites dispositions sur le territoire de la communauté apparaît, de ce fait, nécessaire pour la réalisation de ces objectifs du traité* ».

2. Une décision fondée sur le caractère nécessaire de l'application du droit communautaire de l'agent commercial

Comme nous l'avons précisé au chapitre préliminaire, les contrats internationaux d'agence commerciale, comme tout contrat international, sont en principe soumis à la loi choisie par les parties en vertu du principe d'autonomie de la volonté.

Pourtant, la Cour rejette ce principe dans cet arrêt concernant l'application de la directive 86/653 et plus particulièrement de ses articles 17 à 19. En effet, la clause de droit californien figurant dans le contrat liant INGMAR à la société EATON LEONARD TECHNOLOGIE INC. est écartée par la Cour qui estime au point 25 « *essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu d'une clause de choix de loi* ».

Dès lors, pour les besoins de la réalisation des objectifs du droit communautaire, associée au caractère essentiel de l'application des dispositions protectrices de la directive, la Cour juge que ces dispositions « **trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre leur contrat** » (point 25). Si le terme de « loi de police » n'est pas employé par la Cour, on en retrouve une parfaite définition.

Section 2 : La position de la jurisprudence française

La Cour de Cassation française, saisie pratiquement en même temps d'une espèce très proche de celle de l'arrêt INGMAR⁷, a rendu une décision surprenante, prenant le contre-pied de l'arrêt de la CJCE. Dans cette espèce, une société de droit américain, par un contrat de 1989 que l'une de ses clauses soumettait à l'Etat de New York, avait institué une société Allium, établie en France, pour exercer les fonctions d'agent commercial en Europe et en Israël. En juillet 1993, le contrat est résilié par la société Groupe Inter Parfums, société française qui vient d'acquérir la licence mondiale précédemment détenue par Alfin Inc.

La société Allium SA saisit les tribunaux afin de se voir octroyer l'indemnisation de fin de contrat estimant selon le moyen du pourvoi que « *les dispositions de l'article 12 de la loi du 25 juin 1991 aux termes duquel, en cas de cessation de ses relations avec le mandant l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi et l'article 16 de la même loi, qui répute non écrite toute clause dérogeant aux dispositions de l'article 12, sont immédiatement applicables dans l'ordre international à titre de lois de police aux agents exerçant leurs activités en France ; qu'il s'ensuit que ces dispositions doivent recevoir application nonobstant les stipulations contraires du contrat international ou de la loi choisie par les parties pour régir leur convention* ».

Malgré cette argumentation apparemment pleine de sens, la Cour de Cassation rejeta le pourvoi de la société Allium en jugeant que « *la loi du 25 juin 1991, codifiée dans les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, applicable à tous les contrats en cours à la date du 1^{er} janvier 1994, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international* ».

Par cet arrêt, la Cour fait passer le principe d'autonomie de la volonté, exacerbé au niveau international, devant les dispositions protectrices de l'agent commercial, et en méconnaissance de la position de la CJCE. C'est en raison de ce caractère protecteur de la loi de 1991 que Ludovic BERNARDEAU, dans son commentaire de cet arrêt, estime la solution surprenante. En effet, c'est en raison de la finalité protectrice de la loi du 10 janvier 1978 que la Cour de Cassation avait jugé le 19 octobre 1999⁸ que la loi de 1978 sur la protection du consommateur en matière de crédit à la consommation, loi protectrice d'ordre public interne, constitue une loi de police dans l'ordre international.

Cette décision est d'autant plus surprenante que l'article 16 de la loi de 1991 « *qu'est réputée non écrite toute clause ou convention contraire aux dispositions de l'article 12* », l'article 12 prévoyant l'indemnisation de l'agent commercial. C'est cette disposition qui avait amené C. FERRY à considérer que l'indemnisation

7 Cass.Com.28 novembre 2000, Allium SA/Alfin Inc et Groupe inter parfums, JCP E 14 juin 2001 n°24, p.997.

8 Cass.Civ 1ère, 19 octobre 1999, JDI 2000 p.328.

de l'agent ainsi que toutes les dispositions protectrices dont l'article 16 prévoit la nullité des clauses ou conventions contraires sont des lois de police⁹.

Aucune décision n'étant intervenue depuis, on est en droit de se demander quelle est la situation actuelle concernant le droit à indemnité d'un agent exerçant en France dans les contrats internationaux. Jean Marie LELOUP qualifie cet arrêt « *d'accident* »¹⁰, et indique que sauf à s'exposer à une action en manquement, la France ne pourra que reconnaître l'autorité du droit communautaire et le caractère de loi de police communautaire aux dispositions impératives des lois de transposition de la directive dont fait partie le droit à indemnité de fin de contrat.

Toutefois, lorsque la Cour de Cassation a rendu cette décision, elle ignorait la solution retenue par la CJCE. En conséquence, dès qu'un litige le permettra, elle pourrait procéder à un revirement pour adopter une position conforme à celle de la CJCE. En ce sens, le rapport annuel de la Cour de Cassation de l'année 2000 précise que l'arrêt du 28 novembre 2000, « *conforme aux principes applicables en droit français, est remis en cause par un arrêt de la CJCE rendu le 9 novembre 2000* »¹¹.

Section 3 : L'applicabilité des lois de polices

En admettant que le droit à indemnité de l'agent soit une loi de police au niveau communautaire, il faut cependant déterminer également à quels contrats elle a vocation à s'appliquer. La CJCE a en effet jugé que le droit à indemnité « *trouve application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre leur contrat* ». S'il est clair à la lecture de l'arrêt que l'indemnité s'applique si l'agent exécute le contrat sur le territoire de l'Union Européenne, qu'en est-il d'une situation dans laquelle l'agent français, établi en France, doit exécuter son contrat hors du territoire de l'Union Européenne ? La situation présente-elle des liens suffisamment étroits avec la Communauté ?

La CJCE a donné une définition¹² selon laquelle constituent des lois de police et de sûreté les « *dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* ».

En d'autres termes, une règle impérative du for s'applique à une situation dont la loi applicable n'est pas celle du for si ladite règle est d'application nécessaire pour que le but recherché soit atteint. Le but de la directive étant la protection de l'agent commercial sur le territoire européen, on peut penser que les dispositions impératives de cette directive ont vocation à s'appliquer dès lors que l'agent est européen ou domicilié en Europe. En revanche, il est plus difficile de déterminer si ces dispositions seraient appliquées si seul le commettant est européen ou domicilié en Europe, ou encore si le seul lien avec l'Union Européenne est le lieu de conclusion du contrat. Notons que cette condition de « liens étroits » est appréciée de manière très généreuse par les tribunaux français. La Cour de Cassation¹³ a ainsi eu l'occasion de considérer qu'un contrat de vente entre deux sociétés étrangères en vue de l'achat d'un navire destiné à développer une industrie moderne de pêche dans les mers de Corée présentait des liens suffisamment étroits avec la France en ce que le navire était immatriculé en France pour que le contrat puisse être annulé en application d'une loi de police française.

Quoi qu'il en soit, les lois de police étrangères n'étant pratiquement jamais appliquées, si le contrat d'agence présente un lien avec l'Union Européenne, c'est le choix du tribunal compétent qui sera prépondérant quant au sort du droit à indemnité de l'agent.

9 C.FERRY, « contrat d'agent commercial et lois de police, JDI 1993, 299.

10 Agents commerciaux, éd. Delmas, p.306.

11 Rapp.C.cass 2000, jurisprudence de la Cour, p.368.

12 CJCE, 23 nov. 1999, Arblade : Rev. Crit. DIP 2000, p.710

13 Cass. com. 14 jan.2004, N° 00-17.978

CHAPITRE 2 : L'importance du tribunal compétent

Dans l'affaire INGMAR contre EATON LEONARD TECHNOLOGIE INC, les juridictions compétentes étaient, en vertu du contrat d'agence, les juridictions anglaises. Celles-ci ont donc, face aux difficultés d'interprétation de la directive, saisi la Cour de justice des Communautés Européennes d'une question préjudicielle afin de savoir si les articles 17 et 18 étaient applicables malgré la clause de loi applicable en faveur du droit de l'Etat de Californie.

Mais il est évident que si ces dispositions de la directive ont pu trouver à s'appliquer à cette espèce, c'est en raison de la compétence des tribunaux anglais. En effet, si les juridictions compétentes avaient été, en vertu du contrat, les Cours californiennes, celles-ci n'auraient bien entendu pas fait application de la directive européenne.

Dès lors, outre la clause de droit applicable, la clause de compétence juridictionnelle est elle aussi un enjeu majeur lors de la négociation de contrats internationaux d'agence.

Section 1 : Dans les contrats entre parties établies sur le territoire de l'Union Européenne

Conséquence directe de la directive, le choix du tribunal compétent n'a, en pareil cas, aucune importance du moins quant au droit à indemnité de l'agent commercial.

En effet, nous avons vu à plusieurs reprises que la directive a pour but d'harmoniser le droit des agents commerciaux sur le territoire de l'Union Européenne. Dès lors, si certaines libertés sont laissées, le principe de l'indemnité est quant à lui établi et il ne peut y être dérogé.

En conséquence, si l'agent et le commettant sont tout deux établis sur le territoire de l'Union européenne, ils choisiront probablement comme loi applicable à leur contrat l'une de leurs deux lois. La loi applicable sera donc une loi européenne et tous les Etats ayant transposé la directive, la cessation du contrat entre de telles parties entraînera obligatoirement le versement d'une indemnité au profit de l'agent.

Section 2 : Dans les contrats d'agence entre une partie établie en Europe et une partie établie dans un pays tiers

I. le choix des tribunaux compétents par les parties

Reprenons les données de l'arrêt INGMAR ; une société anglaise, agent commercial d'une société de droit californien pour les territoires anglais et britanniques, dont le contrat prévoit une clause de droit applicable en faveur du droit californien. Imaginons que le contrat prévoit également que les juridictions compétentes soient les juridictions californiennes. Nous l'avons vu, malgré la position de la Cour de Cassation française, il semble établi que le principe de l'indemnité de l'agent commercial soit une loi de police dans l'ordre juridique européen. Dès lors, conformément à la définition des lois de police elle est applicable lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire de l'Etat dont la loi de police est issue. Le contrat étant exécuté en Grande Bretagne, elle devrait trouver à s'appliquer. Comme nous le verrons, les conventions européennes sur la loi applicable notamment la convention de Rome de 1980 réservent l'application des lois de police étrangères. Mais à l'évidence les Etats-Unis ne sont pas liés par les conventions européennes, et, à notre connaissance, par aucune autre convention prévoyant l'application de lois de police étrangères. Dès lors, si les juridictions compétentes avaient été les juridictions californiennes, il apparaît politiquement évident que ces dernières n'auraient pas appliqué l'article 17 de la directive européenne et ce malgré son caractère de loi de police européenne. L'agent n'aurait donc pas eu droit à son indemnité.

II. l'absence de choix

Comme pour la problématique de la loi applicable, en l'absence de choix des juridictions compétentes, les juridictions du For désignent, en fonction de leurs règles de DIP, le tribunal territorialement compétent.

D'après les règles du DIP français, le choix de la juridiction compétente dépend de la localisation du défendeur au procès ; s'il est établi dans un pays hors Union Européenne, le droit commun sera applicable et s'il est établi dans un Etat membre, c'est le droit européen, à savoir le règlement 44/2001 du 22 décembre 2001 qui sera applicable.

Concernant la problématique de l'indemnité, le demandeur au procès est en général l'agent commercial. Reprenons les données de l'arrêt INGMAR exception faite que dans cet exemple, l'agent est français et doit exécuter son contrat en France. Le commettant californien met fin au contrat et l'agent saisit les juridictions françaises afin de se voir attribuer une indemnisation pour cessation du contrat. La loi applicable à ce contrat est la loi californienne mais aucune clause attributive de juridiction n'est prévue.

L'agent peut-il obtenir une quelconque indemnisation ?

Le droit à indemnité étant une loi de police européenne, la réponse à cette question dépend intégralement de la juridiction compétente.

Nous l'avons vu, le règlement européen du 22 décembre 2001 ne peut s'appliquer puisque le défendeur est américain. Il faut donc s'en remettre au droit commun français. Le droit commun français de la compétence internationale des tribunaux fixe pour principe l'extension des règles de compétences territoriales à l'ordre international. Or, l'article 42 du code de procédure civile prévoit qu'à défaut de règles contraires, le tribunal territorialement compétent est celui où se trouve le domicile du défendeur. De surcroît, il existe des règles exorbitantes de compétence internationale des tribunaux français fondées historiquement sur la nationalité française de l'un ou l'autre des plaideurs. Selon ces règles issues des articles 14 et 15 du code civil¹⁴, un français peut toujours attirer un étranger devant les juridictions françaises et inversement. Ces articles 14 et 15 sont des règles de compétence subsidiaires et ne peuvent donc être invoquées que dans la mesure où les tribunaux français ne peuvent être rendus compétents d'après les autres règles de compétence. Il n'en demeure pas moins qu'un agent français pourra, en invoquant l'article 14 du Code civil, toujours assigner son commettant établi hors Union européenne devant les juridictions françaises.

En conclusion, l'importance du choix de la loi applicable concernant l'octroi de l'indemnité de fin de contrat à l'agent commercial qui exécute ses prestations dans un pays de l'Union Européenne peut apparaître limitée. Elle l'est à l'évidence dans des contrats entre parties ressortissantes de l'Union Européenne, mais, en raison du caractère de loi de police de cette indemnité en Europe, elle l'est aussi dans des contrats passés avec des pays tiers. En effet, l'indemnisation sera toujours accordée sur le territoire européen si le contrat présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre.

En revanche, le choix de la loi applicable conserve son importance concernant le montant de l'indemnité que l'agent percevra.

14 L'article 14 prévoit le cas du français demandeur et l'article 15 celui du français défendeur.

TITRE 3 : Le calcul de l'indemnité

Section 1 : le montant de l'indemnité en droit français avant la directive européenne

Le décret du 23 décembre 1958 en son article 3 prévoyait au profit de l'agent une « *indemnité compensatrice du préjudice subi* ». La loi de 1991 a conservé cette disposition puisque l'article L.134-12 alinéa 1^{er} du Code de commerce énonce « *en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* ».

Ce système de réparation a en outre été jugé par la Cour de Cassation comme ayant un caractère d'ordre public, de sorte qu'est frappé de nullité toute clause qui viendrait limiter les droits de l'agent à percevoir une indemnité réparant l'intégralité du préjudice subi par lui du seul fait de la cessation du contrat¹⁵.

Depuis l'entrée en vigueur du décret du 23 décembre 1958, et avant même la reconnaissance légale de l'agent commercial, une constante jurisprudentielle s'est installée établissant le montant de l'indemnité de cessation du contrat à la valeur de deux années de commissions brutes calculées sur la moyenne des commissions perçues pendant les trois dernières années d'activité de l'agent¹⁶. Bien que très courant ce montant n'est toutefois pas une règle et les juges du fonds ont toute latitude pour accorder une indemnité supérieure, égale par exemple au montant de trois années de commissions¹⁷, ou au contraire plus faible¹⁸. Pour fixer cette indemnité, les tribunaux tiennent compte de critères tels que la durée des rapports contractuels, la nécessité de dédommager un sous agent, la disparition d'avantages accessoires au contrat d'agence...

Section 2 : l'option de la directive européenne

Le montant de l'indemnité de l'agent est une parfaite illustration du fait que la directive du Conseil de 1986 avait pour objectif l'harmonisation des législations sur l'agence commerciale. Elle offre en effet une option entre deux régimes d'indemnisation¹⁹ et donc deux façons de calculer le montant de l'indemnité de l'agent en cas de cessation du contrat.

L'article 17.2, d'inspiration allemande, énonce :

- a) « *L'agent commercial a droit à une indemnité si, et dans la mesure où :*
- *il a apporté de nouveaux clients au commettant ou développé sensiblement les opérations avec les clients existants et le commettant a encore des avantages substantiels résultant des opérations avec ces clients, et*
 - *le paiement de cette indemnité est équitable, compte tenu de toutes les circonstances, notamment des commissions que l'agent commercial perd et qui résultent des opérations avec ces clients* ».²⁰

Pour les Etats choisissant ce fondement à l'indemnité, l'article 17.2 b) prévoit que le montant de cette indemnité ne pourra pas excéder une année de rémunération calculée sur la moyenne des 5 dernières années (ou si le contrat n'a pas duré 5 ans, sur la moyenne de la durée du contrat).

L'article 17.3 est quant à lui inspiré de la tradition française puisqu'il prévoit que « *l'agent commercial a droit à la réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant* ». Dès lors,

15 Cass. com., 17 juin 2003, n°01-11.300

16 CA Paris, 6 nov.1975, D.1976, 344 – CA Paris, 25 sept. 1984, Gaz. Pal. 1985 I, somm. 98.

17 Cass.com, 22 déc. 1969, CA Paris, 5 juill. 1975.

18 Un an de commission : CA Paris, 5e ch., 2 juin 1987 Juris-Data n°1987-025614, CA Paris, 5e ch., 25 fév. 1988, Juris-Data n°1988-020561.

19 Article 17.2 et 17.3 de la directive du Conseil

20 voir 1e partie ; C'est grâce à cette conception de l'indemnité que des distributeurs intégrés peuvent se voir octroyer une telle indemnité dans la majorité des Etats

lorsque l'indemnité a pour fondement l'article 17.3, elle n'est pas conditionnée et aucune limitation n'est prévue quant à son montant.

Le législateur français a bien entendu retenu ce régime d'indemnisation si bien que la loi de transposition de 1991 reprend tout simplement les termes du décret du 23 décembre 1958 ; l'article L.134-12 énonce en effet « *en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* ».

Tout naturellement, la jurisprudence antérieure fixant en général le montant de l'indemnité à deux années de commissions brutes s'est donc maintenue²¹.

Cette méthode de calcul a par ailleurs été validé au niveau européen puisque la Commission européenne établie dans son rapport sur l'application de l'article 17 rendu en 1996, conformément aux dispositions de l'article 17.6²² :

« Les jugements rendus en Allemagne et en France témoignent d'une continuité par rapport à la jurisprudence existant dans ces pays... En ce qui concerne l'option « réparation du préjudice subi », elle, n'a manifestement soulevé aucun problème d'interprétation en France, où la jurisprudence préexistante a continué à être appliquée.

Comme c'était le cas auparavant, la réparation est calculée conformément aux principes établis par la jurisprudence, car ni l'ancienne loi, ni la nouvelle loi ne spécifie la méthode de calcul. Dans la grande majorité des cas, elle est fixée à un montant représentant deux années de commission brutes [...] Cette somme est devenue la méthode calcul traditionnel comme le confirme les décisions des tribunaux appliquant la nouvelle loi ».

Section 3 : conséquence sur les contrats internationaux

Nous l'avons vu, la France a bien entendu retranscrit dans sa loi de transposition l'article 17.3 de la directive. Suivant la même logique, l'Allemagne a quant à elle retranscrit l'article 17.2 de cette même directive. Concernant les autres Etats membres, ils ont optés pour l'une ou l'autre des deux méthodes d'indemnisation. Plus ennuyeux, ces divergences relatives à l'indemnité de rupture se sont augmentées d'une problématique à laquelle les rédacteurs de la directive n'avaient pas pensé. Certains Etats européens n'ont en effet opté pour aucune de ces deux options, retranscrivant dans leur droit interne les deux mécanismes. Tel est le cas du Royaume Uni et de l'Espagne.

Le système d'indemnisation de l'article 17.3 est nettement plus favorable à l'agent commercial dans la mesure où il n'est pas conditionné par l'apport de nouveaux clients ou le développement des opérations avec les clients existants et que, sur ce fondement, les juges français fixent en général l'indemnité à deux années de commissions brutes.

Par conséquent il est intéressant pour des commettants, notamment français, signant des contrats d'agence internationaux de tenter de limiter le montant de l'indemnité en faisant en sorte que les dispositions de l'article 17.2 soient applicables. Pour ce faire, deux mécanismes, tout deux fondés sur le principe de l'autonomie de la volonté, nous semblent envisageables : fixer directement dans le contrat le montant de l'indemnité à une année de commissions (I), ou faire le choix d'une loi interne ayant transposé l'article 17.2, même si celle-ci ne présente aucun lien avec le contrat (II).

21 CA Caen, 10 sept. 1998, Brcc c/ Bouvet, RG 9604212 – Cass.Com, 24 mai 2005, n° 04-10-324, CA Dijon, 1ère ch. 2ème section, 16 juin 1994, RG 590/93.

22 « La commission soumet au Conseil, dans un délai de huit ans à compter de la notification de la présente directive, un rapport consacré à la mise en œuvre du présent article et lui soumet, le cas échéant, des propositions de modification ».

I. Une clause du contrat

Le juge européen saisi d'une demande d'indemnisation de l'agent en raison de la cessation de son contrat devra, bien que le principe de l'indemnité soit établi, chercher quelle est la loi applicable afin de déterminer de quelle manière doit être calculée cette indemnité. Pierre Alfredo l'a parfaitement montré dans son article « *contrat d'agence franco-espagnol* »²³. Il prend en effet comme exemple un contrat d'agence entre une société espagnole, mandant, et une société française, agent, pour une représentation sur le territoire de la France métropolitaine. Ce contrat prévoit une clause donnant compétence « *aux dispositions applicables dans l'Union européenne* », et une autre limitant le montant de l'indemnité de rupture à une année de commission. Pierre ALFREDO rappelle tout d'abord que l'application de la directive suppose nécessairement le relai d'une loi nationale dans la mesure où celle-ci n'a pas unifié le droit, en particulier concernant le calcul de l'indemnité. En application des règles de DIP, la loi applicable à ce contrat est la loi française. Il en conclut que « *nonobstant la clause la limitant à une année de commissions, l'agent apparaît en conséquence en droit d'exiger une indemnité de deux ans de commissions brutes en paiement du droit à la réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant, conformément à la coutume jurisprudentielle française, reconnue d'ordre public* ».

Dans cet exemple, le montant de l'indemnité fixé dans le contrat est certes conforme à la directive européenne mais pas à la loi applicable au contrat. Dès lors, comme le montre Pierre Alfredo, la limitation à une année de commission de l'indemnité ne saurait être acceptée dès lors qu'elle est contraire à la loi du contrat.

Pour que cette clause eut été valable, il aurait fallu que la loi applicable à ce contrat, qu'elle soit choisie par les parties ou déterminée par convention, soit une loi qui valide la limitation de l'indemnité de l'agent commercial à une année de commission.

Ainsi, si la loi espagnole avait été applicable, cette limitation aurait été valable puisque le droit espagnol n'a pas opéré de choix entre les deux méthodes de calcul fixées par la directive européenne.

En revanche, si les deux parties au contrat sont ressortissantes d'Etats ayant opté pour le système d'indemnisation de l'article 17.3, la seule solution pour que l'indemnité de l'agent soit conditionnée ou limitée à une année de commission est de faire le choix de la loi d'un Etat ayant transposé l'article 17.2, donc la loi d'un Etat n'ayant aucun lien avec le contrat en cause.

II. Le choix d'une loi neutre

Une loi est dite « neutre » lorsqu'elle ne présente aucun lien avec le contrat. Les parties à un contrat international ont souvent recours à une loi neutre afin de soustraire leur contrat aux dispositions d'un des deux Etats dont les parties sont ressortissantes.

En matière d'agence commerciale, les parties à un contrat pourraient, par le choix d'une loi neutre, limiter ou conditionner l'indemnité de l'agent commercial. En effet, si deux parties à un contrat d'agence sont ressortissantes d'Etats européens ayant transposé dans leur loi interne l'article 17.3 de la directive et choisissent pour loi applicable à leur contrat la loi allemande, l'indemnité sera de fait soumise à l'article 17.2 de la directive.

Dans certains Etats, le problème ne se pose pas, le choix d'une loi neutre étant interdit. C'est notamment le cas dans les systèmes de Common Law.

Mais, en matière internationale, le principe de l'autonomie de la volonté est prédominant. Dès lors, la jurisprudence française semble n'avoir jamais corrigé le choix d'une loi dénuée de lien objectif avec le contrat, et la convention de Rome ne formule pas l'exigence que la loi choisie présente un lien quelconque avec le contrat.

23 JCP E. n°48, 29 novembre 2007, 2465.

Toutefois, il semble que la seule limite à l'autonomie de la volonté en matière internationale soit les dispositions internationalement impératives des Etats en cause. Or, si le principe du droit à indemnité de l'agent est une disposition impérative sur le territoire européen, son mode de calcul ne l'est pas. La Cour de Cassation a certes reconnu que le système d'indemnisation était d'ordre public mais n'a pas parlé « d'ordre public international ». Les deux concepts sont bien différents. En effet, l'ordre public interne est constitué par l'ensemble des règles de droit impératives, alors que l'ordre public international a un domaine beaucoup plus restreint ; toutes les règles de l'ordre public interne ne font pas partie de l'ordre public international, seulement celles qui expriment des principes tellement fondamentaux que le juge français est obligé de les respecter même face à une situation internationale soumise à une loi étrangère. Si ladite loi étrangère heurte une des règles d'ordre public international, il pourra écarter son application. Nous l'avons vu, la CJCE et une grande partie de la doctrine considère l'article 17 de la directive de 1986 comme une loi de police applicable sur le territoire de l'Union Européenne. Mais l'article 17 prévoit lui-même deux régimes d'indemnisation. La jurisprudence a certes jugé que le régime choisi par la France dans sa loi de 1991 était d'ordre public et que les parties à un contrat d'agence ne pouvaient y déroger, mais il s'agissait à chaque fois de contrats français ne comportant aucun élément d'extranéité.

Certains auteurs ont avancé une autre limite au choix d'une loi neutre, à savoir la fraude à la loi. Ce mécanisme permet aux contractants d'éluder des dispositions impératives des lois objectivement concernées par les relations. La fraude à la loi consiste en effet, pour un individu connaissant la règle de conflit qui déterminera la compétence législative, à manœuvrer de façon à lui faire désigner l'ordre juridique dont les règles favorisent son projet : par exemple, en changeant de nationalité ou de domicile ou en déplaçant un meuble selon la règle de conflit. Mais la sanction de la fraude est difficile à mettre en œuvre en matière contractuelle car y fait défaut l'élément matériel de la fraude constituée par la manipulation de l'élément de rattachement de la règle de conflit.

Il semblerait donc que le choix d'une loi neutre comme la loi allemande à un contrat d'agence international ne présentant aucun lien avec l'Allemagne soit parfaitement valable conformément au principe d'autonomie de la volonté. Le choix d'une telle loi permettra à un commettant ressortissant d'un Etat ayant transposé l'article 17.3 de la directive et contractant avec un agent ressortissant d'un Etat ayant aussi transposé l'article 17.3 de la directive, de conditionner et limiter l'indemnité de l'agent commercial conformément à cette même directive.

TITRE 4 : L'INDEMNITE DE L'AGENT DEVANT LE TRIBUNAL ARBITRAL

En matière internationale, et plus particulièrement en matière commerciale internationale, l'arbitrage est devenu le mode quasi habituel de règlement des litiges. Ce mode de règlement des litiges présente des avantages précieux pour les parties à un contrat international ; la procédure est en général plus rapide, les arbitres sont choisis par les parties et la publicité des débats est écartée.

Face au recours fréquent à l'arbitrage, les Etats ont souhaité faciliter l'exécution des sentences arbitrales. 138 Etats ont donc ratifié la convention de New York du 10 juin 1958 qui prévoit dans quelles conditions une sentence rendue dans un Etat signataire peut produire des effets dans un autre Etat signataire.

Les arbitres ne rendent pas leurs décisions au nom d'un Etat, échappant ainsi à l'emprise des droits nationaux. Dans cette optique, on peut se demander si les arbitres sont ou non tenus d'appliquer les dispositions impératives des Etats ayant un lien avec le litige (section 1), ce qui concernant l'indemnité de l'agent a, nous l'avons vu, une importance capitale. Par ailleurs, contrairement aux juges étatiques, les arbitres ne sont pas obligés de rattacher le litige à la loi d'un Etat en l'absence de choix par les parties de la loi applicable. Ils peuvent se référer à la *lex mercatoria* (section 2). Quand est-il de l'indemnité en pareil cas ?

Section 1 : l'application des dispositions impératives par les arbitres internationaux

Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, l'arbitre international est privé de For. On peut donc se demander s'il peut appliquer les lois de police de tel ou tel Etat dans la mesure où elles lui sont toutes étrangères.

Mais dans la pratique, le juge arbitral devra tenir compte des lois de police s'il veut voir sa sentence exécutée dans les Etats intéressés.

La mission des arbitres apparaît sur ce point identique à celle des juridictions étatiques ; dans un premier temps, il devra identifier les lois de police a priori applicables au contrat puis décider celles qui seront effectivement applicables. Mais dans la mesure où les arbitres n'ont pas de For, d'après quelles règles identifient ils les lois de polices susceptibles de s'appliquer à un contrat ?

La pratique montre que les arbitres se réfèrent parfois à la convention de Rome pour identifier les lois de police applicables. Ainsi, l'article 7 de cette convention énonce qu'il « *pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel le contrat présente un lien étroit* ».

Mais le plus souvent, les arbitres adoptent une position pragmatique sans référence à aucune règle de DIP. Ainsi, si la loi de police « *appartient à l'ordre juridique de la lex contractus, les arbitres l'appliqueront ... A cet égard, on peut estimer que les lois de police des Etats sur le territoire desquels le contrat est exécuté ont toujours un titre légitime à s'appliquer* »²⁴.

Section 2 : La référence à la *lex mercatoria*

En l'absence de choix du droit applicable au contrat par les parties, les arbitres disposent d'une liberté beaucoup plus importante que les juges étatiques pour déterminer quelle est la loi applicable au litige. N'ayant pas de For, ils ne sont pas tenus d'appliquer les règles de DIP de l'un quelconque des Etats ayant un lien avec le litige ou de l'Etat du lieu de l'arbitrage.

Ainsi, on reconnaît aux arbitres le pouvoir de se référer à la *lex mercatoria*. La Cour de Cassation, dans les célèbres affaires Fougères²⁵ et Valenciana²⁶, a reconnu ce pouvoir aux arbitres même lorsque ceux-ci se

²⁴ Y. Derain, chronique des sentences arbitrales, JDI 1997, 1037

²⁵ Cass. 9 déc. 1981, JDI 1982, p. 931

²⁶ Cass. 22 oct. 1992, JDI 1992, p. 177

doivent de statuer en droit et non en amiable compositeur. Saisie dans ces deux affaires de recours contre des sentences arbitrales, la Cour de Cassation déclare « *qu'en se référant aux principes généraux et obligations généralement applicables dans le commerce international, les arbitres n'ont fait que se conformer à l'obligation qu'ils avaient de se conformer à l'accord conclu* ».

Le contenu de cette *lex mercatoria* a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux qu'il ne nous apparaît pas nécessaire de retranscrire, mais en résumé, on considère qu'il s'agit des règles et usages du commerce international. La bonne foi y joue également un rôle très important.

La problématique essentielle est donc de savoir si la référence à la *lex mercatoria* permet d'obtenir l'indemnisation de fin de contrat ; autrement dit, de déterminer si l'indemnité de l'agent commercial est considérée comme un usage du commerce international.

Dans une sentence rendue le 26 octobre 1979²⁷, les arbitres ont tranché en ce sens. Il s'agissait d'un litige concernant le refus de paiement de commissions par la société française NORSOLOR, mandant, à la société turque PABALK, mandataire, pour des ventes réalisées en Turquie, ainsi que la rupture du contrat à l'initiative de la société NORSOLOR. Ce contrat ne comportait aucune indication quant à la loi applicable au litige mais prévoyait en revanche une clause compromissoire renvoyant à l'arbitrage de la CCI Le tribunal arbitral siégeant à Vienne condamna la société NORSOLOR à payer à son mandataire des commissions ainsi qu'une indemnité au titre du préjudice subi pour rupture du contrat. Le tribunal avait décidé de rendre cette sentence en écartant toute référence à une législation spécifique, et en appliquant la *lex mercatoria* internationale et plus précisément le principe de bonne foi inspirant cette dernière, estimant qu'aucune loi nationale ne s'imposait réellement dans cette affaire. L'exequatur de cette sentence fût accordé par ordonnance du tribunal de grande instance de Paris le 5 février 1980.

Il est intéressant de noter que les arbitres ont implicitement considéré que l'indemnisation de l'agent commercial faisait partie des usages du commerce international et ce dans une sentence antérieure à l'entrée en vigueur de la directive européenne de 1986. En effet, comme nous l'avons évoqué, bon nombre d'Etats européens ne connaissaient pas de dispositions protectrices de l'agent commercial.

Il faut tout de même noter que l'obligation faite au mandant d'indemniser l'agent commercial ne figure dans aucun texte de codification de la *lex mercatoria* tels que les principes UNIDROIT. Dès lors, il serait présomptueux de croire que chaque tribunal arbitral ferait droit à une telle demande. En effet, certains Etats n'offrent pas de telles dispositions protectrices aux agents commerciaux, et dans cette optique, il nous semble que la nationalité des arbitres ainsi que le lieu de l'arbitrage peuvent avoir, en pareil cas, une importance non négligeable sur l'octroi d'une indemnité de cessation de contrat en application de la *lex mercatoria*.

27 Sentence CCI n°3131, Rev.Arb. 1993, p.525

CONCLUSION : tableau récapitulatif des différentes situations

| | Principe de l'indemnité | Montant de l'indemnité |
|---|--|---|
| Contrat entre un agent européen et un commettant européen | L'agent aura toujours droit à une indemnité de fin de contrat | Si le contrat a un lien avec un Etat ayant transposé l'art. 17.2 de la directive, choisir la loi de cet Etat permet de conditionner et limiter l'indemnité Si le contrat ne présente des liens qu'avec des Etats ayant transposé l'art. 17.3, il est possible de choisir une loi neutre comme la loi allemande pour conditionner et limiter le montant de l'indemnité. |
| Contrat entre un agent établi dans un Etat européen et un commettant ressortissant d'un Etat n'ayant pas de dispositions protectrices de l'agent | Si le contrat est exécuté sur le territoire de l'UE et que les tribunaux compétents sont des tribunaux européens, l'agent aura droit à son indemnité Si le contrat est exécuté hors UE et que les tribunaux compétents sont européens, l'agent aura probablement droit à son indemnité (la résidence en Europe de l'agent semble être un lien suffisamment étroit avec le contrat pour que la loi de police s'applique) Si les tribunaux compétents ne sont pas européens, l'agent n'aura probablement pas droit à son indemnité | Tout dépend de la loi applicable au contrat : Si c'est la loi de l'Etat de l'agent (européen), tout dépend si cet Etat a transposé l'art.17.2 ou 17.3 Si c'est la loi de l'autre Etat, le mode de calcul du montant de l'indemnité dépend de l'Etat dont les tribunaux sont saisis |
| Contrat entre un commettant établi dans un Etat européen et un agent ressortissant d'un Etat n'ayant pas de dispositions protectrices de l'agent | Si le contrat est exécuté sur le territoire de l'UE et que les tribunaux compétents sont des tribunaux européens, l'agent aura droit à son indemnité Si le contrat est exécuté hors UE et que les tribunaux compétents sont européens, l'agent aura droit à son indemnité si les juges estiment que le lieu de résidence du commettant est un lien suffisamment étroit pour que la loi de police s'applique Si les tribunaux compétents ne sont pas européens, l'agent n'aura probablement pas droit à son indemnité | Tout dépend de la loi applicable au contrat : Si c'est la loi de l'Etat du commettant (européen), tout dépend si cet Etat a transposé l'art.17.2 ou 17.3 Si c'est la loi de l'autre Etat, le mode de calcul du montant de l'indemnité dépend de l'Etat dont les tribunaux sont saisis |

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX :

Jean Marie LELOUP, Agents commerciaux, statut juridique et stratégies professionnelles, éd Delmas.

Christel DILOY, le contrat international d'agence, LGDJ

Pierre ARHEL ; La pratique des accords de distribution, éd.2000 EFE.

Pierre MAYER et Vincent HEUZE, Droit International Privé, 8^e édition, Montchrestien.

LAMY Droit Economique 2008, Distribution, concurrence, consommation, 4021 s.

Dictionnaire permanent de droit européen des affaires, p.272 s. (directives) p. 421 s. (agents commerciaux).

C.BLUMAN et L.DUBUIS, Droit institutionnel de l'Union Européenne

P.MALAUURIE – L.AYNES, Les contrats spéciaux, 3^e édition, Defresnois, p.269 s.

M.BEHAR-TOUCHAIS et G.VIRASSAMY, Traité des contrats, les contrats de distribution, LGDJ

ARTICLES :

JCP Contrats – Distribution : Fasc. 3510 : Agents commerciaux - Fin du contrat d'agence

M.MALAUURIE-VIGNAL, Précisions sur le contrat d'agence commerciale, contrats concurrence consommation n°10, octobre 2007, comm.234

JM LELOUP, « la directive européenne sur les agents commerciaux », JCP E. 1987, n° 15024.

C.FERRY, « contrat d'agent commercial et lois de police, JDI 1993, 299.

P.ALFREDO, Contrat d'Agence franco-espagnol, JCP E. n°48, 29 novembre 2007, 2465