

commerciaux indépendants, choisie par les parties à un contrat d'agence commerciale, peut être écartée par la juridiction saisie, établie dans un autre Etat membre, en faveur de la *lex fori* pour un motif tiré du caractère impératif, dans l'ordre juridique de ce dernier Etat membre, des règles régissant la situation des agents commerciaux indépendants uniquement si la juridiction saisie constate de façon circons-

tanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'Etat du *for a jugé crucial*, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives.

Note

Suite, et non fin, de la jurisprudence sur le contrat d'agence commerciale en Europe face aux lois de police

Julie Mary¹

I. PRÉSENTATION DE L'ARRÊT

Les faits – En 2005, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV (ci-après, « Unamar »), en qualité d'agent commercial, conclut un contrat d'agence avec Navigation Maritime Bulgare (ci-après, « NMB »), en qualité de commettant. Ce contrat, conclu pour une année et renouvelé annuellement jusqu'au 31 décembre 2008, prévoit l'exploitation d'un service régulier de conteneurs appartenant à NMB. Les parties se sont accordées pour soumettre le contrat d'agence au droit bulgare et pour que tout litige futur soit tranché par la chambre d'arbitrage instituée auprès de la chambre de commerce et d'industrie de Sofia (Bulgarie)². Pour des raisons économiques, le contrat d'agence commerciale avec Unamar a été prolongé uniquement jusqu'au 31 mars 2009³. Considérant que la résiliation du contrat d'agence commerciale est irrégulière, Unamar agit devant le tribunal de commerce d'Anvers en vue d'obtenir une indemnité compensatoire de préavis, une indemnité d'éviction et une indemnité complémentaire du chef de licenciement de personnel⁴. Ces diverses indemnités sont prévues par la loi belge relative au contrat d'agence commerciale⁵.

Toutefois, en raison de l'existence de la clause compromis-

soire insérée dans le contrat d'agence commerciale, NMB soulève une exception d'irrecevabilité tirée de l'incompétence du tribunal de commerce belge. Le tribunal, se fondant sur la loi de police relative au contrat d'agence commerciale, déclare non fondée cette exception d'incompétence⁶. En appel, la cour d'appel d'Anvers accueille l'argument tiré de l'incompétence des juridictions belges pour connaître du litige et partant, déclare que la clause compromissoire contenue dans le contrat entre Unamar et NMB est valable. Elle ajoute que le droit bulgare s'applique au litige en cause, en raison de l'autonomie de la volonté des parties⁷.

Ainsi, Unamar, perdant en appel, forme un pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Anvers. C'est à cette occasion que la Cour de cassation décide de surseoir à statuer et de poser la question préjudicielle suivante à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « Cour »): « *Compte tenu également de la qualification en droit belge des articles 18, 20 et 21 de la [loi relative au contrat d'agence commerciale] en cause dans la procédure, comme lois de police au sens de l'article 7, 2., de la Convention de Rome⁸ [...], les articles 3 et 7, 2., de la Convention de*

¹ Assistante en droit international privé et droit européen à l'Université catholique de Louvain et avocate au barreau de Bruxelles. L'auteur remercie le professeur Stéphanie FRANCQ pour ses précieux conseils et sa relecture attentive.

² Arrêt commenté, § 20. Voy. les notes et commentaires suivants: L. IDOT, « Statut des agents commerciaux et qualification de lois de police », *Europe*, n° 12, décembre 2013, commentaire 560, pp. 54-55; P. HOLLANDER, « L'arrêt *Unamar* de la Cour de justice: une bombe atomique sur le droit belge de la distribution commerciale? », *J.T.*, 2014/17, n° 6561, pp. 297-301; J.-M. JACQUET, note sous *Unamar*, *J.D.I.*, 2014, pp. 630-639; E. MEHMETI et J. VERHELLEN, « Wilsautonomie en dwingend recht in het Europees contractenrecht: hoe dwingend is dwingend recht wanneer partijen kiezen? », *b-Arbitra*, 2014/1, pp. 199-209; L. D'AVOUT, « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *Rec. Dalloz*, 2014/1, pp. 60-64 et C. NOURISSAT, « De l'art délicat de manier les lois de police en présence d'un contrat d'agence commerciale intra-européen ... », *J.C.P.G.*, 2013, pp. 2222-2226.

³ Arrêt commenté, § 20.

⁴ *Ibid.*, § 21.

⁵ Loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale (*M.B.*, 2 juin 1995, p. 15621, vig. 12 juin 1995). Maintenant insérée dans le livre X, titre 1^{er} du Code de droit économique par une loi du 2 avril 2014 (*M.B.*, 28 avril 2014, vig. 31 mai 2014).

⁶ Civ. Anvers, 12 mai 2009, non encore publié.

⁷ Anvers, 23 décembre 2010, non encore publié et arrêt commenté, § 23 et 24.

⁸ Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980, *J.O.C.E.*, C. 27, 26 janvier 1998, pp. 34-46 (ci-après, la « Convention de Rome »).

Rome, lus ou non en combinaison avec la directive n° 86/653⁹ [...], doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils permettent que les lois de police du pays du juge qui offrent une protection plus étendue que la protection minimale imposée par la directive [n° 86/653], soient appliquées au contrat, même s'il apparaît que le droit applicable au contrat est le droit d'un autre Etat membre de l'Union européenne dans lequel c'est également la protection minimale offerte par la directive [n° 86/653] qui a été mise en œuvre?»¹⁰.

Par cette question préjudicielle, la Cour de cassation tend à savoir si la loi choisie par les parties, en l'espèce la loi nationale de transposition d'une directive d'harmonisation minimale, peut être écartée au profit de la loi d'un autre Etat membre allant au-delà de la simple protection minimale requise¹¹. En d'autres termes, la Cour est saisie de la question de savoir si la *lex fori* permet d'écarter la loi choisie par les parties alors que les deux lois satisfont à la protection

minimale requise par la directive européenne¹². Une telle question donne l'occasion de se pencher sur le concept d'autonomie de la volonté en matière contractuelle (art. 3 de la Convention de Rome)¹³, limitée par le jeu des lois de police (art. 7 de la Convention de Rome)¹⁴ et sur la qualification même des lois nationales en tant que lois de police. Tout cela dans le contexte d'une harmonisation européenne minimale. On notera d'emblée que le raisonnement aurait probablement été identique si la Cour avait été interrogée sur le Règlement Rome I.

Remarques préliminaires: arbitrabilité des litiges en matière de distribution – De manière tout à fait classique, la Cour s'interroge quant à sa compétence concernant la demande de décision préjudicielle sur l'interprétation de la Convention de Rome. Elle s'estime compétente en vertu de l'article 2, a), du premier protocole de cette convention. Cette disposition prévoit expressément la faculté pour la

9. Directive (CE) n° 86/653 du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants (*J.O.C.E.*, L. 382, 31 décembre 1986, p. 17).

10. Cass., 5 avril 2012, *Pas.*, 2012, liv. 4, p. 760, p. 10 de l'arrêt et arrêt commenté, § 25 et 26.

11. La directive sur l'agence commerciale laisse un certain nombre de choix aux Etats membres lors de la transposition nationale. Le législateur belge, usant de cette liberté, a notamment étendu la définition de l'agent commercial au-delà de la distribution (art. 1 de la loi de 1995) et a intégré dans le régime de la directive le contrat d'exploitation d'un service de transport maritime (art. 1 de la loi de 1995, lecture *a contrario*: le législateur belge ne reprend pas les mots « vente ou achat de marchandises » de l'article 1 de la directive). Il convient de relever que l'option n'est pas en tant que telle prévue dans la directive. La directive européenne laisse également une marge d'appréciation quant au choix des méthodes de calcul de la réparation ou indemnité à octroyer lors de la terminaison du contrat. Le législateur belge a opté pour le régime de l'article 17, 2., c'est-à-dire pour le régime de l'indemnité. Voy. à cet égard, arrêt commenté, § 30 et 40 et J.-M. LELOUP, *Agents commerciaux. Statuts juridiques. Stratégies professionnelles*, Paris, Delmas, 2001, 5^e éd., pp. 286-288. Le législateur bulgare a également étendu le régime de la directive à l'agent commercial chargé de la négociation et de la conclusion d'affaires (arrêt commenté, § 30 et art. 32 et s. de la loi de commerce bulgare du 18 juin 1991, *Gazette de l'Etat*, transposant la directive n° 86/653 par une modification du 21 juillet 2006, disponible à l'adresse: www.ebrd.com/downloads/legal/securities/bulgaria2.pdf). Voy. à ce propos, *contra* la position de la Commission quant au fait que la législation bulgare ne s'appliquerait pas à la prestation de services (mentionnée dans les conclusions de l'avocat général WAHL, § 47). L'article 40 de la loi de commerce bulgare prévoit, à l'instar du législateur belge, un régime d'indemnité.

12. Arrêt commenté, § 29 et 32.

13. L'article 3 de la Convention de Rome, intitulé « Liberté de choix », prévoit que « 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

2. [...]

3. Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées 'dispositions impératives'.

4. [...]

En des termes similaires, voy. l'article 3 du Règlement Rome I (règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (*J.O.C.E.*, L. 177/6, 4 juillet 2008, p. 6).

14. L'article 7 de la Convention de Rome, intitulé « Lois de police », stipule que « 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. »

Voy. l'article 9 du Règlement Rome I, rédigé en ces termes: « 1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement.

2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.

3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »

Cour de cassation belge de poser une question préjudicielle sur l'interprétation de cette convention¹⁵.

Ensuite, il convient de relever que la Cour a été saisie de la seule question de la loi applicable au litige, à l'exclusion de la question de la compétence juridictionnelle des juridictions de fond. Elle déclare ainsi que « c'est, partant, sans préjuger de la question de la compétence juridictionnelle [qu'elle] entend répondre à la question posée »¹⁶. Il n'y a toutefois rien de surprenant à cela, dès lors que la juridiction de renvoi apprécie à la fois la nécessité d'une décision préjudicielle et la pertinence des questions posées¹⁷.

La Cour, tout comme l'avocat général, rappelle cependant que la question de la compétence pour connaître du litige s'est posée devant les juridictions de fond¹⁸. En l'espèce, la validité et l'effectivité de la clause d'arbitrage insérée dans le contrat d'agence commerciale étaient remises en cause. A ce propos, le tribunal de commerce d'Anvers a jugé que le déclinatoire de compétence déduit de l'existence d'une clause d'arbitrage manquait en droit, dû au caractère impératif de l'article 27 de la loi sur l'agence commerciale (nouvel art. X.25 du Code de droit économique). L'article 27 de la loi du 13 avril 1995 prévoit que « *Sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie, toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges.* » (c'est nous qui soulignons). A l'inverse, la cour d'appel s'est déclarée incompétente pour statuer sur la demande d'indemnités, en raison de la clause arbitrale qui ne pouvait être écartée, la loi sur

l'agence commerciale n'étant ni d'ordre public interne, ni d'ordre public international. La Cour de cassation se trouve dès lors face à deux interrogations: la première, quant à la possibilité d'écarter la clause compromissoire insérée dans le contrat et la seconde, quant à la loi applicable, seule question finalement soumise à la Cour de justice.

Malgré l'absence de question préjudicielle à cet égard, il y a lieu de s'interroger sur la possibilité d'écarter la clause arbitrale en cause. La réponse se doit d'être positive. En effet, conformément à l'article II, 3., de la Convention de New-York du 10 juin 1958¹⁹, « *Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.* » (c'est nous qui soulignons). Il convient de relever que « Article II (3) of the New York Convention [...] does not contain an exhaustive list of reasons for invalidity, referring to only national law, least insofar as the invalidating reasons under national law are not internationally incompatible. »²⁰. C'est dès lors conformément à la Convention de New-York que la Cour de cassation se positionne. Cette dernière a en effet adopté une jurisprudence constante en la matière en permettant l'application du droit du for à l'arbitrabilité et partant, de ses règles impératives et de ses lois de police²¹. Elle a ainsi jugé que « le juge saisi d'un déclinatoire de juridiction doit exclure l'arbitrage si, en vertu de la loi du for, le litige ne peut être soustrait à la juridiction des tribunaux

15. Premier protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, 19 décembre 1980, vig. 1 août 2004, *J.O.C.E.*, C. 27, 26 janvier 1998, pp. 47-49. L'article 2 prévoit que « *Toute juridiction visée ci-après a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur l'interprétation des dispositions que comportent les instruments mentionnés à l'article 1^{er}, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement:* a) – en Belgique: la Cour de cassation (*het Hof van Cassatie*) et le Conseil d'Etat (*de Raad van State*), [...] »
16. Arrêt commenté, § 28. Un auteur relève à cet égard « l'occasion manquée d'une belle question préjudicielle touchant à l'effet négatif du principe compétence-compétence », C. NOURISSAT, « De l'art délicat de manier les lois de police en présence d'un contrat d'agence commerciale intra-européen... », *o.c.*, p. 2222.
17. Arrêt commenté, § 28. Voy. égal. sur cette question, M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH (coll.), *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 305 et s. et art. 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
18. Arrêt commenté, § 28 et voy. à ce propos, les conclusions de l'avocat général, § 22.
19. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New-York le 10 juin 1958, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 330, p. 3.
20. P. MANKOWSKI, « Commercial agents under European jurisdiction rules. The Brussels I Regulation plus the procedural consequences of *Ingmar* », *Yearbook of Private International Law*, 2008, vol. 10, pp. 19-55, spéc. p. 54. Voy. aussi, G. RÜHL, « Die Wirksamkeit von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im Lichte der *Ingmar*-Entscheidung des EuGH », *Iprax*, 2007, vol. 4, pp. 294 et s. et B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d'une concession exclusive de vente à durée indéterminée », *R.D.C.*, 1993, pp. 1146-1152, spéc. p. 1147.
21. M. FALLON et F. RIGAUX, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 3^e éd., 2005, p. 783, nos 14.21 et 14.188 et J. KLEINHEISTERKAMP, « The impact of internationally mandatory laws on the enforceability of arbitration agreements », *WAMR*, vol. 3, n° 2, 2009, pp. 91-120, spéc. pp. 94-99 et p. 119. Voy. égal., P. HOLLANDER, « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit belge », in *L'arbitrage et la distribution commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 25-58, spéc. pp. 29-53. Voy. pour la jurisprudence sur l'arbitrabilité des litiges en matière de concession de vente exclusive, Cass., 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1260 ; *R.C.J.B.*, 1981, p. 332, note R. VANDER ELST; Cass., 22 décembre 1988, publié in G. BOGAERT et P. MAEYAERT (éds.), *Droit de la distribution 1987-1992*, Anvers, Kluwer, 1994, p. 145, note R. VANDER ELST ; *J.T.*, 1989, p. 458; Cass., 15 octobre 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 630, note H. VERBIST et M. PIERS; *Pas.*, 2004, p. 1597; *R.W.*, 2004-2005, p. 1063, note M. PIERS; *R.D.C.*, 2005, p. 488, note M. TRAESE; *R.D.C.*, 2005, p. 492, note P. HOLLANDER; Cass., 16 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 472; *Pas.*, 2006, p. 2351; *R.W.*, 2008-2009 (sommaire), p. 1344; *R.D.C.*, 2007, p. 889, note L. MERTENS; *R.D.J.P.*, 2007, p. 13 et Cass., 14 janvier 2010, *Pas.*, 2010, p. 119; *R.A.B.G.*, 2011, p. 303, note A. HANSEBOUT; *R.C.J.B.*, 2013, p. 249, note M. TRAESE; *R.W.*, 2010-2011, p. 1087 note D. MERTENS; *R.D.C.*, 2010, p. 445. Pour un commentaire sur cette jurisprudence constante de la Cour de cassation, voy. M. TRAESE, « Encore ... un arrêt de la Cour de cassation sur l'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation, sous l'empire de la loi du 27 juillet 1961, des concessions de vente exclusive » (note sous Cass., 14 janvier 2010), *R.C.J.B.*, 2013, pp. 255-276.

étatiques »²². En d'autres termes, une clause compromissoire dans une matière régie par une loi de police fixant la compétence des juridictions belges est admise, si et seulement si, le tribunal arbitral applique le droit belge ou s'il applique un standard au moins équivalent sur les points en litige²³. Eu égard au cas d'espèce soumis à la Cour de cassation, la mise à l'écart de la clause compromissoire n'est pas dénuée de tout problème. En effet, la question reste ouverte de savoir si la loi de transposition bulgare, applicable au litige, peut être écartée au profit de la loi belge. Si ces lois de transposition doivent être considérées comme octroyant un standard de protection équivalent, il n'y a pas lieu d'écarter la clause

arbitrale en se basant sur la loi de police belge. La Cour de cassation juge toutefois dans son arrêt du 5 avril 2012 que le juge du fond peut rejeter « l'application d'une clause d'arbitrage valable conformément à une loi étrangère [choisie par les parties] », en se fondant sur le droit du for qui ne permet pas qu'un tel litige puisse être soumis à l'arbitrage²⁴. Partant, en suivant sa position sur l'arbitrabilité des litiges dans une matière régie par une loi de police et en permettant dès lors d'écarter une clause arbitrale, il semblerait que la Cour de cassation ait considéré que la loi bulgare ne pouvait être déclarée équivalente à la loi belge (sur cette problématique, voy. les développements *infra*).

II. RÉPONSE DE LA COUR: L'USAGE INDISTINCT D'UN RAISONNEMENT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DROIT EUROPÉEN

Afin de répondre à la question préjudicielle qui lui est posée, la Cour de justice emploie, sans les identifier, deux contextes de raisonnement. Elle semble donner à la fois une réponse en droit international privé et une réponse en droit européen. Au regard de ce dernier contexte de raisonnement, la Cour laisse des questions en suspens.

Autonomie de la volonté – Dans le contexte de droit international privé, la Cour rappelle l'importance du principe fondamental de l'autonomie de la volonté consacré à l'article 3 de la Convention de Rome (art. 3 du Règlement Rome I), lequel est limité par le jeu des lois de police et des dispositions impératives²⁵. Elle déclare que « pour donner plein effet au principe d'autonomie de la volonté des parties au contrat, pierre angulaire de la Convention de Rome, reprise dans le Règlement Rome I, il y a lieu de faire en sorte que le choix librement opéré par ces parties quant à la loi applicable dans le cadre de leur relation contractuelle soit respecté, [...], de sorte que l'exception relative à l'existence d'une loi de police', au sens de la législation de l'Etat membre concerné, telle que visée à l'article 7, 2., de

cette convention, doit être interprétée de manière stricte »²⁶. L'importance accordée par la Cour à ce principe se déduit également des conditions strictes qu'elle adopte afin de pouvoir invoquer utilement la loi de police belge de transposition en lieu et place de la loi bulgare. La Cour se réfère en effet à l'article 7, 2., de la Convention de Rome quant à la question de savoir si la loi choisie par les parties peut être écartée au profit de la loi nationale de transposition. Cet article ne prévoit pas explicitement de condition particulière pour l'application des dispositions impératives de la loi du for, ce que la Cour prend soin de relever²⁷. Toutefois, assez curieusement, le dispositif semblerait ajouter deux conditions non expressément prévues par le point 2. de l'article 7, que sont la nature et l'objet des dispositions impératives²⁸. En d'autres termes, la Cour reprendrait les conditions du point 1. de l'article 7, concernant l'application des dispositions impératives d'un Etat étranger, et les étendrait à l'application des dispositions impératives du for²⁹. Il se peut cependant que la Cour ait paraphrasé le § 50 de son arrêt, lequel stipule que l'appréciation du caractère de « loi de police » d'une loi nationale s'effectue en tenant

²². Cass., 16 novembre 2006, *o.c.*, p. 13 de l'arrêt.

²³. A. NUYTS, *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 70 et 71. L'auteur relève l'analogie entre les régimes de la concession de vente exclusive et de l'agence commerciale au regard du caractère arbitral de leurs litiges. Il transpose dès lors à l'agence commerciale les enseignements de la jurisprudence constante de la Cour de cassation en matière de concession exclusive et d'arbitrabilité (in A. NUYTS, *o.c.*, p. 69). Voy. dans le même sens, M. WILLEMART et S. WILLEMART, *Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995 modifiée par celles des 4 mai 1999, 1^{er} juin 1999 et 21 février 2005)*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 19 et s. La transposition du régime de l'arbitrabilité en matière de concession de vente exclusive à l'agence commerciale s'est faite par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 novembre 2011 (Cass. (1^{ère} ch.), 3 novembre 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 2428; *R.W.*, 2011-2012, p. 1646, note D. MERTENS). Voy. P. HOLLANDER, « L'arrêt Unamar [...] », *o.c.*, p. 300.

²⁴. Cass., 5 avril 2012, *o.c.*, p. 5 de l'arrêt.

²⁵. Voy. pour un commentaire, G-P. CALLIÈS, « Article 3 freedom of choice », in G-P. CALLIÈS (éd.), *Rome Regulations. Commentary on the European rules of the conflict of laws*, pp. 57-85 et S. FRANCO, « Règlement Rome I (Obligations contractuelles) », *Rép. internat. Dalloz*, 2013, pp. 1-59, spéc. pp. 27-28 et 56-57.

²⁶. Arrêt commenté, § 49 et voy. pour l'enseignement de l'arrêt commenté quant à la liberté de choix, le commentaire de J.-M. JACQUET sous l'arrêt *Unamar*, *o.c.*, pp. 637 à 639.

²⁷. Arrêt commenté, § 45.

²⁸. *Ibid.*, § 52. A l'inverse, l'avocat général n'a pas ajouté ces conditions à l'application de la loi de police du for (voy. § 61).

²⁹. Il convient de relever que le rapport Giuliano-Lagarde sur la Convention de Rome, dans son commentaire de l'article 7, ne relève aucune condition quant à la nature et à l'objet des lois de police du for. Les auteurs précisent à propos point 2. qu'il « ne fait que mettre en évidence l'incidence des lois de police [...] sous une optique différente de celle du paragraphe 1 » et dans la version anglaise qu'il « merely deals with the application of mandatory rules [...] in a different way from paragraph 1 ». Voy. M. GIULIANO et P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.U.E.*, 31 octobre 1980, n° 282, pp. 1-50, spéc. p. 28.

compte des termes de cette loi, de l'économie générale et des circonstances entourant son adoption.

Loi de police de l'article 7 de la Convention de Rome comme limite à l'autonomie de la volonté – Malgré la qualification par la Cour du principe d'autonomie de la volonté en « pierre angulaire » de la convention, ce principe peut être remis en cause par l'application d'une loi de police ou d'une disposition impérative (respectivement art. 3, 2. et 7 de la Convention de Rome et art. 3, 3. et 4. et art. 9 du Règlement Rome I)³⁰. Une loi de police déroge ainsi à la technique classique du conflit de lois. Une telle règle s'applique d'une part, sans passer par une règle de rattachement et d'autre part, même si la loi d'un autre Etat est désignée, notamment par l'exercice de l'autonomie de la volonté³¹.

En poursuivant son raisonnement en droit international privé, la Cour rappelle sa jurisprudence antérieure dans l'arrêt *Ingmar*³², où elle a jugé que le mécanisme d'indemnisation prévu par la directive sur l'agence commerciale présentait un caractère impératif³³. De plus, dans l'arrêt *Ingmar*, la Cour a affirmé que la directive sur les agents commerciaux s'appliquait dès qu'il existait un lien étroit avec l'Union européenne et partant, a écarté la loi d'un Etat tiers désignée par les parties³⁴. La question en l'espèce n'est cependant pas identique. En effet, la Cour est interrogée sur la question de savoir si une loi de transposition d'un Etat membre peut être écartée au profit d'une loi de transposition d'un autre Etat membre constitutive d'une loi de police, alors qu'elles ont toutes deux correctement trans-

posé la directive en allant au-delà de la protection prévue. Afin d'y répondre, il convient de s'assurer que la loi belge de 1995 est bien une loi de police et correspond à l'hypothèse de l'article 7 de la Convention de Rome. Il revient au juge national, en l'espèce le juge belge, de qualifier la loi de 1995 relative à l'agence commerciale comme telle. Le juge est en principe libre pour ce faire, cette qualification pouvant être contrôlée dans l'ordre juridique européen³⁵ (voy. pour la mise en œuvre des lois de police, développements *infra*). La Cour de justice rappelle en ce sens que « la qualification de dispositions nationales de lois de police et de sûreté par un Etat membre vise les dispositions 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 dudit Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »³⁶. Elle soumet cependant cette application au respect de la primauté du droit de l'Union européenne, en précisant que l'invocation des lois de police ne permet pas de contourner les obligations des Etats à se conformer au droit de l'Union³⁷.

En l'espèce, en fonction du libellé de l'article 27 (nouvel art. X.25 du Code de droit économique) et de l'économie générale de la loi belge sur l'agence commerciale, il ressort que le législateur belge a adopté une loi impérative dans le but de sauvegarder un intérêt important³⁸. La position de la Belgique quant à la qualification de la loi de 1995 sur l'agence commerciale en tant que loi de police est donc

³⁰ Il est généralement admis que les lois de police forment un sous-ensemble des normes impératives. Voy. à ce propos, A. BONOMI, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux contrats », in E. CASHIN RITAINE et A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. Actes de la 20^e journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, Schulthess, 2008, pp. 217-237, spéc. pp. 224-225.

³¹ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 25; M. FALLON et F. RIGAUX, *o.c.*, pp. 137 et s., n^{os} 4.13 et s. et P. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles sur les conflits de lois », *R.C.D.I.P.*, 1966, pp. 1-18, pp. 3-4.

³² C.J.C.E., 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar GB Ltd / Eaton Leonard Technologies Inc*, *J.O.C.E.*, 2000, p. I-9305; *R.C.D.I.P.*, 2001, p. 107, note L. IDOT; *J.D.I.*, 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET.

³³ Arrêt commenté, § 36-40. Voy. pour les termes précis de la Cour quant au caractère impératif de la directive, arrêt *Ingmar*, *o.c.*, § 21 (« [...] Le régime instauré à cette fin par la directive présente un caractère impératif. L'article 17 fait en effet obligation aux Etats membres de mettre en place un mécanisme de dédommagement de l'agent commercial après la cessation du contrat [...] ») et § 22 (« Le caractère impératif de ces articles est confirmé par le fait que, selon l'article 19 de la directive, les parties ne peuvent pas y déroger au détriment de l'agent commercial avant l'échéance du contrat [...] »). Voy. à propos de l'arrêt *Ingmar*, S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire au regard des méthodes du droit international privé*, *o.c.*, p. 147 où l'auteur relève que la Cour ne précise pas la portée du caractère impératif de la directive (international ou interne) et ne distingue pas ce dernier de la délimitation du domaine d'application.

³⁴ Arrêt *Ingmar*, *o.c.*, § 25: « Force est donc de constater qu'il est 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. La fonction que remplissent les dispositions en cause exige en effet qu'elles 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 le contrat. »

³⁵ Quant au principe de la liberté du juge national de définir comme il l'entend les lois de police nationales, voy. E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT (dirs.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 117-143, spéc. p. 119. Les lois de police n'échappent donc pas à la règle générale voulant que les règles nationales soient compatibles avec les exigences de l'ordre juridique européen, en raison du principe de primauté de ce dernier. Voy. égal., P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *R.C.D.I.P.*, 2011, pp. 207-290, spéc. pp. 248 et s.

³⁶ Arrêt commenté, § 47, reprenant l'enseignement de l'arrêt *Arblade* (C.J.C.E., 23 novembre 1999, C-369/96 et C-376/96, *J.O.C.E.*, 1999, p. I-8498).

³⁷ Arrêt commenté, § 46.

³⁸ Voy. à ce propos les conclusions de l'avocat général, § 55 et 56 et voy. égal. les articles suivants quant au caractère impératif de la loi de 1995 sur l'agence commerciale: C. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHEETE, « La loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale », *J.T.*, 1995, pp. 461-469, spéc. p. 462; M. WILLEMART et S. WILLEMART, *Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995 modifiée par celles des 4 mai 1999, 1^{er} juin 1999 et 21 février 2005)*, *o.c.*, pp. 16-18, qui affirment que les dispositions de cette loi sont impératives sauf celles précisant le contraire.

claire³⁹. Elle est d'ailleurs rappelée par la Cour au § 34 de l'arrêt commenté. Cette dernière avance par ailleurs un certain nombre de critères appelés à guider le juge national dans son appréciation du caractère de loi de police de sa loi nationale, notamment le critère de l'économie générale de la loi faisant apparaître le besoin de protéger les intérêts essentiels de l'Etat⁴⁰. Il convient de mentionner le débat quant à la question de savoir si la loi du 13 avril 1995 passerait avec succès le test imposé par la Cour de justice. Soit on considère que cette loi ne vise qu'à protéger des intérêts privés et non des intérêts publics de la Belgique, la soustrayant dès lors à la qualification de loi de police⁴¹. Soit on qualifie cette loi en tant que loi de police dès lors qu'elle prévoit « de manière explicite le caractère internationalement impératif de certaines règles protectrices »⁴². La question reste débattue. La Cour affirme également que l'on peut se trouver face à une loi de police dans le cas « où la transposition dans l'Etat du for offre, par une extension du champ d'application d'une directive ou par le choix d'une utilisation plus étendue de la marge d'appréciation laissée par celle-ci, une protection plus grande des agents commerciaux en vertu de l'intérêt particulier que l'Etat membre accorde à cette catégorie de ressortissants »⁴³. Ainsi, en permettant qu'une loi de transposition d'un Etat membre évince, en tant que loi de police, la loi choisie par les parties, la Cour se positionne clairement dans un raisonnement de droit international privé (autonomie de la volonté par rapport au mécanisme des lois de police). Toutefois, la Cour nuance son propos en précisant que la loi écartée étant une loi de transposition d'un autre Etat membre, l'appréciation du caractère impératif de la loi du for doit se faire de « façon circonstanciée »⁴⁴. L'« appréciation circonstanciée » attendue du juge national devra certaine-

ment porter sur le principe d'équivalence entre législations harmonisées. Cette « appréciation circonstanciée » est un travail de droit comparé de grande ampleur, entraînant de ce fait un ralentissement d'instance, une augmentation des coûts et peut-être même une stratégie d'évitement du juge étatique⁴⁵.

Harmonisation minimale et principe d'équivalence – L'application de la loi de police d'un Etat membre est permise si elle ne constitue pas une entrave aux grandes libertés de circulation ou, tout en étant une entrave, si elle répond aux conditions de justification et de proportionnalité⁴⁶. Dans un contexte non harmonisé, l'application de la loi de police d'un Etat membre, alors que la loi d'un autre Etat membre est applicable à l'espèce, est soumise au régime des entraves et partant, à l'examen de proportionnalité⁴⁷. L'appréciation de la proportionnalité d'une mesure exige notamment la comparaison du contenu des lois nationales en présence par le biais du test d'équivalence⁴⁸.

Dans un contexte harmonisé, les lois de transposition et partant, les lois de police, bénéficient d'une présomption d'équivalence⁴⁹. Ce principe d'équivalence s'entend comme une interdiction « aux autorités nationales d'imposer des exigences matérielles ou des mesures de contrôle dont l'effet est équivalent à celui de l'action déjà déployée par l'Etat membre de provenance de la marchandise, de la personne ou du service concerné. Peu importe que les exigences matérielles ou le mode de vérification soient différents dans l'Etat membre d'origine. Il suffit qu'ils assurent la poursuite de l'objectif légitime [...] »⁵⁰. Ainsi, dans le cadre d'une harmonisation, même minimale, les lois nationales de transposition peuvent être qualifiées d'équivalen-

³⁹. *Contra* position de la Cour de cassation française qui, dans un arrêt rendu après l'arrêt *Ingmar*, refuse expressément la qualification de loi de police à la loi de transposition française du 25 juin 1991. Ce faisant, elle se positionne clairement en faveur d'une plus grande prévisibilité pour les parties (Cass. fr. (ch. comm.), 28 novembre 2000, *Bulletin*, 2000, n° 183, p. 160; *J.D.I.*, 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET).

⁴⁰. Arrêt commenté, § 50. Ceci confirme par ailleurs la définition apparemment restrictive de « loi de police » donnée dans le Règlement Rome I ; voy. à cet égard S. FRANCOY et F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dirs.), *Le règlement « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, 2011, pp. 357-393, spéc. pp. 362-366.

⁴¹. Voy. P. HOLLANDER, « L'arrêt Unamar [...] », *o.c.*, p. 299.

⁴². A. NUYS, « Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I », *R.D.C.*, 2009, pp. 553-568, spéc. p. 560.

⁴³. Arrêt commenté, § 50. Voy. égal. les conclusions de l'avocat général, § 53 à 58.

⁴⁴. Arrêt commenté, § 52.

⁴⁵. C. NOURISSAT, « De l'art délicat de manier les lois de police en présence d'un contrat d'agence commerciale intra-européen ... », *o.c.*, p. 2225.

⁴⁶. Voy. pour une illustration, l'arrêt *Arblade* de la C.J.U.E., décidant que la qualification de « loi de police » ne fait pas obstacle au contrôle de cette loi au regard de la liberté de circulation des travailleurs détachés (L. IDOT, « Statut des agents commerciaux et qualification de lois de police », *o.c.*, p. 55).

⁴⁷. M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT (dirs.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 31-80, spéc. p. 73 et M. FALLON et J. MEEUSEN, « Private international law in the European union and the exception of mutual recognition », *Yearbook of private international law*, 2002, vol. 4, pp. 37-66, spéc. p. 61. Voy. pour le détail de ce test de proportionnalité, M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 2^e éd., pp. 81-88. Le principe de proportionnalité s'apprécie au regard d'un test d'interchangeabilité, d'efficacité et d'équivalence. Voy. égal., E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », *o.c.*, pp. 125 à 129.

⁴⁸. M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », *o.c.*, p. 74.

⁴⁹. E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », *o.c.*, pp. 125 à 129 et M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », *o.c.*, pp. 73 et 74.

⁵⁰. A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de « reconnaissance mutuelle » en droit communautaire*, Zürich, Collection de droit européen, 1996, vol. 17, p. 21. Voy. également Ch. JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

tes dès lors qu'elles se cantonnent au domaine harmonisé⁵¹. Partant, la loi choisie par les parties, pour autant qu'elle provienne d'un Etat membre, ne devrait pas pouvoir être écartée au profit de la loi de police d'un autre Etat membre, étant entendu que les diverses réglementations des Etats membres sont analogues⁵². Par conséquent, si les lois sont équivalentes, il est disproportionné d'appliquer la loi dérogeant au choix de la loi d'un autre Etat membre sous peine d'embarrasser inutilement la circulation des biens et des services dans l'Union.

Dans l'affaire commentée, la Cour rappelle, en suivant en cela l'enseignement de l'arrêt *Ingmar*, que la directive relative à l'agence commerciale a d'abord pour objectif d'harmoniser le droit des Etats membres dans le but de supprimer les restrictions à l'exercice de la profession d'agent commercial et d'uniformiser les conditions de concurrence dans l'Union européenne⁵³. Cette directive s'inscrit dans le contexte d'une harmonisation minimale. Comme toute directive, elle lie les Etats membres quant au résultat à atteindre en les laissant libres quant à la forme et aux moyens pour la transposer. Elle est par contre minimale en permettant aux Etats de fixer un niveau de protection supérieur⁵⁴. Un tel mode d'harmonisation n'exclut donc pas toute compétence nationale dans le domaine harmonisé, dès lors que les Etats membres restent libres d'adopter des dispositions plus strictes dans le domaine concerné⁵⁵. En d'autres termes, « the applicable Community [European] legislation sets a floor, the Treaty itself sets a ceiling and the Member States are free

to pursue an independent domestic policy between those two parameters »⁵⁶. En l'espèce, le résultat imposé par la directive aux Etats membres consiste en une obligation de dédommager l'agent commercial après la fin du contrat⁵⁷. Au-delà de ce seuil, les Etats restent libres d'une part, de choisir entre le système d'indemnité et le système de réparation du préjudice et d'autre part, d'opter pour les méthodes de calcul de l'indemnité et de réparation de leur choix⁵⁸. Dès lors, les diverses législations nationales de transposition, comme en l'espèce les lois bulgare et belge, peuvent présenter d'importantes différences⁵⁹.

Ainsi, en raison du caractère minimal de la directive et de la possibilité d'étendre la protection qu'elle prévoit, la question se pose de savoir si la situation en cause se trouve dans le domaine harmonisé ou non harmonisé. Il convient de relever que la Cour raisonne dans le cadre de l'harmonisation du domaine de l'agence commerciale alors qu'en l'espèce l'exploitation du service de transport maritime se trouve hors du domaine harmonisé de la directive⁶⁰. A cet égard, même si la Cour relève expressément que la directive n° 86/653 ne régit pas le contrat d'exploitation de transport maritime, elle analyse les dispositions nationales belge et bulgare à la lumière de cette directive et des mesures d'harmonisation qu'elle prescrit⁶¹. Toutefois, et ceci est surprenant, la Cour ne se prononce pas explicitement sur la question de savoir si la situation en cause se situe dans le domaine harmonisé de la directive. Par conséquent, elle n'analyse pas non plus les conditions d'application d'une loi de police au regard du test

51. Voy. à ce propos, M. FALLON et J. MEEUSEN, « Private international law in the European union and the exception of mutual recognition », *o.c.*, pp. 37-66. Voy. égal. A. NUYS, « L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) (suite) », *R.C.D.I.P.*, 1999, vol. 88, pp. 245-265, spéc. pp. 260-261. Voy. égal. en ce sens M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois », in J.-S. BERGÉ et M.-L. NIBOYET (dirs.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 185-233, spéc. p. 200 et A. QUIÑONES ESCÁMEZ, « Marché intérieur, harmonisation minimale et contrats de consommation (proposition de modification de l'article 5 de la Convention de Rome) », *Communication sur le droit européen des contrats*, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.13.pdf, pp. 3 et 4. Voy. aussi H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé? », in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 321.

52. A. NUYS, « L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) (suite) », *o.c.*, p. 261 et A. DE THEUX, *Le statut européen de l'agent commercial. Approche critique de droit comparé*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1992, p. 369.

53. Arrêt commenté, § 36 et 37 et voy. les considérants de la directive sur l'agence commerciale.

54. Dr. J. PIPKORN, « Les méthodes de rapprochement des législations à l'intérieur de la C.E.E. », in *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 35. Voy. aussi M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, *o.c.*, p. 227, relevant que le choix du degré d'harmonisation dépend notamment des besoins du marché intérieur, étant entendu qu'une harmonisation minimale se conçoit lorsqu'un intérêt déterminé doit être protégé.

55. E. J. LOHSE, « The meaning of harmonisation in the context of European Union law – a process in need of definition », in M. ANDENAS et C. BAASCH ANDERSEN (éds.), *Theory and practice of harmonisation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 282-313, spéc. p. 287. Voy. égal. J. TAUPITZ, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1993.

56. M. DOUGAN, « Minimum harmonization and the internal market », *Common Market Law Review*, vol. 37, n° 4, 2000, pp. 853-885, spéc. p. 855.

57. Arrêt commenté, § 40 et lecture combinée de l'article 17, 1. de la directive, stipulant que « 1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour assurer à l'agent commercial, après cessation du contrat, une indemnité selon le paragraphe 2 ou la réparation du préjudice selon le paragraphe 3 » et de l'article 19, prévoyant que « Les parties ne peuvent pas, avant l'échéance du contrat, déroger aux dispositions des articles 17 et 18 au détriment de l'agent commercial. »

58. Arrêt commenté, § 40 et article 17 de la directive. Voy. pour un commentaire de cet article, F. RANDOLPH QC et J. DAVEY, *The European law of commercial agency*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 3^e éd., pp. 93 à 95.

59. Conséquence de l'harmonisation minimale de la directive, relevée par l'avocat général au § 41.

60. Voy. pour l'analyse des lois nationales de transposition, F. RANDOLPH QC et J. DAVEY, *The European law of commercial agency*, *o.c.* Pour rappel, ces dernières incluent l'exploitation du service de transport maritime dans la transposition de la directive alors que la directive elle-même n'y est pas applicable.

61. Arrêt commenté, § 30 et 36 à 38. Voy. égal. dans le même sens, les conclusions de l'avocat général, § 25 et 39 et s.

des entraves ou au regard de l'équivalence des lois de transposition⁶².

En supposant que la Cour considère la situation comme relevant du domaine harmonisé⁶³, elle aurait donc dû analyser l'équivalence des lois de transposition bulgare et belge en répondant à la question de l'application de la loi de transposition belge en tant que loi de police. Elle ne le fait qu'indirectement en conseillant au juge national une analyse circonstanciée⁶⁴. Etant entendu que des législations sont qualifiées d'équivalentes dès lors qu'elles « tendent au même but », en garantissant sa réalisation de manière analogue⁶⁵, il convient de s'interroger sur l'équivalence des lois de transposition en cause. Dans le cas d'espèce, tant la loi bulgare que la loi belge prévoient une indemnité en cas de rupture du contrat d'agence commerciale. Si les régimes sont qualifiés d'analogues, il serait dès lors contraire au principe d'équivalence des législations d'écarter la loi bulgare au profit de la loi belge. Toutefois, s'il s'avère impossible d'établir l'équivalence entre la loi nationale choisie par les parties et la loi du for, les dispositions de cette dernière constitutives de restrictions à la libre circulation s'appliquent, pour autant qu'elles soient nécessaires et proportionnelles au but poursuivi⁶⁶.

Dans l'hypothèse où la Cour aurait jugé que la situation se trouve hors du domaine harmonisé de la directive, la loi de police belge se serait appliquée si elle ne constituait pas une restriction ou, tout en étant une restriction, si elle répondait aux conditions du test de proportionnalité. La question en l'espèce reste ouverte, d'autant que la Cour n'a curieusement pas appliqué ce test⁶⁷. Elle ne s'est d'ailleurs pas non plus prononcée sur l'existence ou non d'une entrave.

Tout en regrettant le fait que la Cour ne se soit prononcée

ni sur la question de l'équivalence des lois nationales en présence, ni sur le respect des conditions du test de proportionnalité, il est possible d'avancer une explication à ce propos.

Une tentative d'explication de la réponse partielle de la Cour quant à l'application de la loi de police belge au détriment de la loi bulgare – La première explication a trait au fait que la juridiction nationale a uniquement interrogé la Cour sur la possibilité d'appliquer une loi de police nationale dans le but d'écarter la loi choisie par les parties et ce, conformément à l'article 7, 2., de la Convention de Rome. La Cour a limité sa réponse à la seule question qui lui était posée, sans aborder la question de l'existence d'une entrave. Un auteur a déduit de cet arrêt l'émergence d'une définition restrictive des lois de police dont le contenu serait proche de la notion d'ordre public⁶⁸. Il a dès lors déduit de cet enseignement que les cours et tribunaux belges devront décider si tant la loi sur le contrat d'agence commerciale que la loi relative à la résiliation des concessions de vente exclusive sont des lois de police, émettant par ailleurs des doutes à cet égard⁶⁹. La Cour n'a cependant pas, dans l'arrêt *Unamar*, modifié la notion de loi de police définie à l'article 9, 1., du Règlement Rome I. Cette notion était jusqu'à présent interprétée comme comprenant l'ancienne loi de 1961 relative aux concessions de vente exclusive⁷⁰.

Ensuite, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'équivalence des lois de transposition en présence et ce, afin d'éviter probablement d'aborder un sujet trop sensible sur l'utilité d'une directive minimale. Quelle est en effet l'utilité d'une harmonisation minimale si les lois de transposition, allant au-delà de la seule protection minimale prévue par la directive, ne peuvent être imposées en tant que lois de police au nom du

62. Voy. également L. D'AVOUT, « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *o.c.*, p. 64: « la Cour n'a pas bien résolu le problème du conflit des lois de transposition » car elle n'a pas examiné en suffisance la nature et les fonctions des directives minimales et elle n'a pas analysé le contexte de ces directives.

63. Ce qu'elle semble faire malgré l'ambiguïté des termes employés, voy. arrêt commenté, § 30 et § 36 à 38.

64. Cela se déduit de l'emploi des termes « constate de façon circonstanciée » (§ 52 de l'arrêt commenté) et du fait que la Cour rappelle que « la loi qui viendrait à être écartée au profit de la loi du for serait celle d'un autre Etat membre » (§ 51 de l'arrêt commenté). Voy. le commentaire de J.-M. JACQUET (note sous *Unamar*, *o.c.*, p. 635) dans lequel il déclare que la réponse de la Cour doit être approuvée sur le plan méthodologique alors qu'elle reste décevante sur le plan substantiel.

65. A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de « reconnaissance mutuelle » en droit communautaire*, *o.c.*, p. 109.

66. V. HATZOPOULOS, « Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services », *C.D.E.*, 2010, pp. 47-93, p. 69. Selon l'auteur, « là où s'arrête le domaine du principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle, commence celui de la proportionnalité ». Voy. égal. M. FALLON, « Proposition de modification de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Gedip, Rev. b. dr. intern.*, 2000, vol. 2, pp. 640-648, spéc. p. 648, relevant le lien entre l'applicabilité des lois de police et le concept d'entrave et précisant à cet égard que la « référence inconditionnelle aux lois de police du for, pourrait heurter de front l'exigence de reconnaissance mutuelle des normes nationales ». Enfin, voy. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire au regard des méthodes du droit international privé*, *o.c.*, p. 145.

67. Voy. *contra*, l'arrêt *Arblade*, dans lequel elle opte pour l'application de la loi nationale pour autant que cette dernière réponde aux conditions du test de proportionnalité, et plus spécifiquement au test d'équivalence (C.J.C.E., 23 novembre 1999, C-369/96 et C-376/96, *Arblade*, *J.O.C.E.*, 1999, p. I-8498, pts. 34 et 35). Pour un commentaire, voy. M. FALLON, « Les projets européens en matière de conflits de lois: une mise en contexte », *Rev. ULg*, 2006, vol. 4, pp. 503-547, spéc. p. 526, déclarant que « l'applicabilité d'une loi de police est sujette au respect d'une obligation de reconnaissance mutuelle des normes étatiques, chaque fois qu'est vérifiée une condition d'équivalence des contenus des lois en conflit ». Voy. égal. S. POILLOT PERUZZETTO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, Pedone, 2002-2004, pp. 72-73.

68. P. HOLLANDER, « L'arrêt *Unamar* [...] », *o.c.*, p. 301.

69. *Ibid.* *Contra* la portée plus limitée donnée à l'arrêt par C. NOURISSAT, distinguant par ailleurs la portée de ce dernier selon que l'on analyse l'impérativité de la loi du 13 avril 1995 au regard de la Convention de Rome ou au regard du Règlement Rome I (C. NOURISSAT, « De l'art délicat de manier les lois de police en présence d'un contrat d'agence commerciale intra-européen ... », *o.c.*, pp. 2224-2225).

70. S. FRANCO et F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police, une approche de droit comparé », *o.c.*, pp. 366-370.

principe d'équivalence? Le point sensible étant, non pas de recourir à une harmonisation minimale, mais bien d'interdire aux Etats d'appliquer une protection allant au-delà de l'harmonisation minimale.

Il résulte de l'arrêt commenté que la loi choisie par les parties peut sans doute être écartée au profit de la loi du for, en tant que loi de police offrant une protection à l'agent commercial allant au-delà de celle prévue par la directive. Eu égard aux conditions données par la Cour, laissant une cer-

taine marge d'appréciation aux juridictions saisies pour écarter la *lex contractus*, les parties au contrat font face à une grande incertitude en ce domaine⁷¹. On gagnerait dès lors en prévisibilité si une disposition semblable à celle concernant les relations de travail (art. 6 de la Convention de Rome et art. 8 du Règlement Rome I) était adoptée pour les agents commerciaux⁷². En d'autres termes, l'adoption d'une règle de conflit de loi bilatérale relative aux agents commerciaux permettrait de prévoir les cas dans lesquels le choix du droit applicable serait écarté au profit d'une autre loi⁷³.

⁷¹ Voy. sur cette question, L. IDOT, « Statut des agents commerciaux et qualification de lois de police », *o.c.*, p. 55. L'auteur déclare qu'il « aurait été beaucoup plus simple d'indiquer fermement et simplement que la théorie des lois de police n'avait pas lieu de jouer dans les rapports intra-européens dès lors que le litige porte sur une matière ayant fait l'objet d'une directive de rapprochement des législations ».

⁷² A l'occasion d'un commentaire de l'arrêt *Ingmar*, un auteur propose cette solution dans le but de réconcilier le raisonnement de la Cour avec le système de la Convention de Rome (H.L.E. VERHAGEN, « The tension between party autonomy and European union law: some observations on *Ingmar GB LTD v Eaton Leonard Technologies Inc* », *International Comparative Law Quarterly*, 2002, vol. 51, pp. 135-154, spéc. pp. 152 et 153).

⁷³ Voy. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire au regard des méthodes du droit international privé*, *o.c.*, pp. 466 à 468 où l'auteur démontre que des règles de conflit bilatérales conviennent aux conflits de lois entre transpositions.