En attendant Godot
Le droit belge de la distribution tel qu'il devrait être

Laurent du Jardin[1]

1. Information précontractuelle 447
2. Agence commerciale 449
3. Concession de vente 453
4. Franchise 460
5. Conclusion 463

RÉSUMÉ

Depuis 2005, c'est exclusivement sous l'angle des obligations d'information précontractuelle que le droit de la distribution a reçu l'attention du législateur. La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial présentait des imperfections que le Livre X, Titre 2, du Code de droit économique de 2014 prétendait corriger. Le Code suscite à son tour de nombreux problèmes. Il est peu probable que ce soit dans leur seul règlement – pour peu qu'il soit possible – que se situe l'avenir du droit de la distribution en Belgique. C'est sur d'autres points qu'il apparaît opportun (et grand temps) de travailler. Tel est principalement l'objet de cet article qui, pour chacune des trois formes de contrats de distribution commercialement les plus pertinentes, identifie deux questions importantes non ou mal réglées:

– *agence: agent mandataire v. agent commissionnaire; la rupture pour motif grave et la règle des 2 x 7 jours;*
– *concession de vente: vers une meilleure protection du contrat à durée déterminée; pour une approche plus économique (et raisonnable) de l'indemnité de clientèle;*
– *franchise: l'information sur la rémunération du franchiseur; indemnité de clientèle: définitivement non?*

Sur chacune de ces questions, notre analyse propose les modifications de lege ferenda et, dans leur attente, suggère ce que l'on peut faire – ou pas.

SAMENVATTING

Sinds 2005 krijgt het distributierecht uitsluitend vanuit het perspectief van de precontractuele informatieverplichtingen de aandacht van de wetgever. De wet van 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten vertoonde tekortkomingen die door Boek X, Titel 2 van het Wetboek van economisch recht van 2014 moesten worden gecorrigeerd. Het wetboek geeft op zijn beurt aanleiding tot tal van problemen. Het is weinig waarschijnlijk dat de toekomst van het distributierecht in België alleen in de oplossing van deze talrijke prolemen kan liggen, voor zover overigens een dergelijke oplossing mogelijk is. Het is eerder op andere punten dat het gepast (en hoog tijd) lijkt om aan de slag te gaan. Dat is het voornaamste doel van deze bijdrage die voor elk van de drie commercieel meest relevante vormen van distributiecontracten, wijst op twee belangrijke kwesties die niet of onvoldoende zijn aangepakt:

– *agentuur: agent mandataris v. agent commissionair; de beëindiging wegens ernstige tekortkoming en de regel van 2 x 7 dagen;*
– *concessie: naar een betere bescherming van de overeenkomst op bepaalde duur; voor een meer economische (en redelijke) benadering van de cliënteelvergoeding;*
– *franchise: de informatie m.b.t. de vergoeding van de franchisegever; cliënteelvergoeding: definitief uitgesloten?*

Op al deze vragen stelt onze analyse wijzigingen voor de lege ferenda. In afwachting hiervan suggereert zij wat er kan gedaan worden – of niet gedaan kan worden.

1. Professeur à l'Université catholique de Louvain, avocat Janson Baugniet.

1. INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE

1. Champ d'application. La loi du 19 décembre 2005 *relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial* (devenue en 2014 le Livre X, Titre 2, du Code de droit économique) instaure une protection reposant sur deux piliers:

– la communication d'un dossier d'information précontractuelle (contenant projet de contrat, explication de ses clauses juridiques importantes et communication d'informations économiques énumérées à l'art. X.28 CDE);
– une période d'attente de un mois entre cette communication et la signature du contrat ainsi expliqué (art. X.27 CDE).

Dans sa version initiale, l'article 2 de la loi du 19 décembre 2005 prévoyait son application aux « *accords de partenariat commercial conclus entre deux personnes, qui agissent chacune* ***en son propre nom et pour son propre compte****, par lequel une de ces personnes octroie à l'autre le droit,* ***en contrepartie d'une rémunération****, de quelque nature qu'elle soit, directe ou indirecte, d'utiliser lors de la vente de produits ou de la fourniture de services, une formule commerciale sous une ou plusieurs des formes suivantes: […]* ». En 2014, la suppression des mots ici soulignés a eu pour effet d'étendre le champ d'application de la loi dans une mesure qui dépasse de loin le raisonnable:

– désormais, les contrats d'agent participant à une formule commerciale sont certainement visés[2] alors pourtant que, suivant le droit européen, l'agent ne participe pas aux risques[3]. Mais pourquoi faut-il à ce point protéger un partenaire qui ne participe pas aux risques?
– la formule commerciale étant décrite de façon très large[4] (de sorte qu'elle peut presque toujours être constatée), c'est l'existence même d'un contrat de distribution *non écrit* qui semble devenir impossible (puisque par définition le contrat non écrit n'est précédé d'aucun dossier d'information précontractuelle). Comment le monde des affaires pourrait-il s'en accommoder?

2. Période d'attente. Suivant l'article X.27 CDE, le dossier d'information précontractuelle doit être communiqué « *au moins un mois avant la conclusion de l'accord* ». Aucun délai *maximum* n'est prévu. Dans l'hypothèse du renouvellement d'un bail commercial conclu accessoirement à un contrat de franchise, l'alternative est la suivante:

– communiquer le dossier d'information précontractuelle du contrat de franchise au moment du renouvellement du bail, soit 15 à 18 mois avant le renouvellement parallèle du contrat de franchise[5]. Mais que faire si entre ce moment et la date d'échéance, sont modifiées certaines clauses du contrat (un standard de réseau le plus probablement)? Ne pas faire de nouveau dossier, c'est risquer la nullité des clauses du contrat non conforme au dossier communiqué 15 ou 18 mois avant sa signature;
– communiquer le dossier d'information précontractuelle du contrat de franchise au moment de son renouvellement. Mais quelle est la marge de négociation du franchisé pour un contrat de franchise qui doit être signé parce que le bail, lui, a *déjà* été renouvelé?

Accessoirement, en cas de dossier d'information précontractuelle transmis 18 mois avant la conclusion du contrat, on s'interroge sur la pertinence des données économiques communiquées (partie 2.). Et si 18 mois sont admis, pourquoi pas 24 ou 36 mois, et même indépendamment de tout bail?

3. Contenu du dossier. Suivant l'article X.28, § 1er, 1°, CDE, le document particulier visé à l'article X.27 comprend dans sa première partie juridique les « *Dispositions contractuelles importantes, pour autant qu'elles soient prévues dans l'accord de partenariat commercial* ». Elles sont alors énumérées (*intuitu personae*, non-concurrence, durée, etc.), alors que le point b) « *les obligations* » est libellé de façon tellement large[6] qu'en réalité, c'est tout le contrat qui semble devoir être repris dans le dossier. Vraiment tout? Cela n'est

---

2. En ce sens: P. NAEYAERT, *Handelsagentuurovereenkomst*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, p. 44, n° 45; P. DEMOLIN, *L'information précontractuelle et la Commission d'arbitrage*, *Doss. J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 47. Selon nous, l'exclusion expresse des agents bancaires et d'assurance du champ d'application du Livre X, Titre 2 CDE (art. X.26, al. 2, CDE) en est bien la preuve.

3. Communication de la Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 19 mai 2010, 2010/C 130/01, point (15): « *Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, l'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, (…)* ». Voir alors les explications de la Commission sur les trois types de risques financiers ou commerciaux à prendre en compte.

4. La loi prévoit qu'il y a formule commerciale dès qu'il y a au moins un des éléments suivants:
« *– une enseigne commune;*
– un nom commercial commun;
– un transfert de savoir-faire;
– une assistance commerciale ou technique. »

5. Suivant l'art. 14 de la loi du 30 avril 1951 insérant les règles spécifiques relatives au bail commercial dans la Section II*bis* du Chapitre II du Titre VIII du Livre III du Code civil, intitulée « Des règles particulières aux baux commerciaux » (loi 30 avril 1951 (*M.B.*, 10 mai 1951)):
« *Le preneur désireux d'exercer le droit au renouvellement doit, à peine de déchéance, le notifier au bailleur par exploit d'huissier de justice ou par lettre recommandée* ***dix-huit mois au plus, quinze mois au moins, avant l'expiration du bail en cours****. La notification doit indiquer, à peine de nullité, les conditions auxquelles le preneur lui-même est disposé à conclure le nouveau bail et contenir la mention qu'à défaut de notification par le bailleur, suivant les mêmes voies et dans les trois mois, de son refus motivé de renouvellement, de la stipulation de conditions différentes ou d'offres d'un tiers, le bailleur sera présumé consentir au renouvellement du bail aux conditions proposées*. » (ici souligné).

6. Par souci de modération, la loi du 19 décembre 2005 ne parlait que des obligations « *importantes* ». Devant les difficultés d'interprétation (qu'est ce qui est important? ce qui l'est pour l'un ne l'est pas nécessairement pour l'autre), la nuance est tombée dans le Code de 2014.

pas sûr. Alors que la loi impérative doit faire l'objet d'une application stricte, est-il aberrant de prétendre que la clause, suivant laquelle en cas de litige un juge étranger est compétent et un droit étranger est applicable, ne représente *pas* des « *obligations* » au sens de l'article X.28 CDE? Certes, nous sommes d'avis que le respect du Livre X, Titre 2, CDE ne crée qu'une *présomption d'information suffisante*[7] et qu'en application du principe de bonne foi, le fournisseur doit spécialement informer le distributeur lorsque le contrat le prive de son juge et de son droit. Mais ce le sera en application du droit commun, sans les formes et délai du Livre X, Titre 2, CDE dont le dossier spécifique pourrait rester muet sur la question.

4. Droit international privé. L'oubli est d'autant plus regrettable à la lumière de l'article X.33 CDE qui prévoit que: « *La phase précontractuelle de l'accord de partenariat commercial relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges, lorsque la personne qui reçoit le droit exerce l'activité à laquelle se rapporte l'accord principalement en Belgique.* »[8]. Le texte suggère que, dès que le candidat distributeur exerce ses activités principalement en Belgique, la présentation du contrat de partenariat doit se faire dans le respect du Livre X, Titre 2, CDE même si le contrat stipule qu'*à la suite de sa signature*, son exécution et sa résiliation seront soumis à un juge et un droit étrangers. Ces modalités étant essentielles au contrat[9], nous y voyons un argument évident pour que la renonciation du partenaire *belge* à son juge et son droit soit *à tout le moins* précédée des mécanismes d'information précontractuelle que le droit *belge* a impérativement prévus.

Le Livre X, Titre 2, CDE est loin d'être aussi clair. Nombreux sont encore les contrats avec des partenaires établis en Belgique qui sont signés sans le respecter sous prétexte que la compétence d'un juge étranger et l'application d'un droit étranger y sont prévues et que la volonté des parties l'emporte sur les règles de rattachement de droit international privé[10]. C'est un défaut majeur de la loi. Il y en aurait encore de nombreux autres à expliquer[11].

5. *De lege ferenda*. Tenter une nouvelle fois de réparer le Livre X, Titre 2, CDE semble vain. Devant les nombreuses difficultés d'application de la loi du 19 décembre 2005 et puis du Livre X, Titre 2, CDE, on se dit que c'est depuis le départ qu'il aurait fallu avoir la sagesse et la retenue d'en

7. Sur cette question, voir nos précédents écrits: L. DU JARDIN, « Mille-feuilles en droit de la distribution – Le principe de la convention-loi et l'obligation d'information précontractuelle à l'épreuve de la réalité », Brugge, *in* C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WERY (eds.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, die Keure, Bruxelles, la Charte, 2017, pp. 347 à 379, et spéc. pp. 373-375.

8. A comparer avec l'art. X.25 en matière d'agence commerciale (ici souligné): « ***Sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie*** *et nonobstant des clauses contraires dans le contrat d'agence commerciale, toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges*. »

9. Nous pensons que les aspects de droit international privé sont les plus importants de tout contrat comprenant un élément d'entranéité.

10. Autonomie des volontés dont le règlement européen (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (dit « *Bruxelles Ibis* », *J.O.U.E.*, L. 351/1 du 20 décembre 2012) et le règlement européen CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (dit « *Rome I* », *J.O.U.E.*, L. 177/6 du 4 juillet 2008) font leur pierre angulaire. Alors que le Livre X, Titre 2, CDE ne protège que des intérêts privés, peut-on considérer qu'il s'agit d'une loi de police? Cela aurait beaucoup de sens: pour que, conformément aux Règlements Bruxelles I*bis* et Rome I, un accord des volontés permette de déroger à des dispositions nationales impératives normalement applicables (en Belgique, on songe principalement au Livre X, titre 3, CDE *relatif à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*), ne faudrait-il pas *à tout le moins* reconnaître le caractère de loi de police (toujours applicable) au Livre X, Titre 2, CDE *relatif à l'information précontractuelle* qui éclaire les volontés permettant seules ces dérogations?

11. On mentionnera pour mémoire ou dans l'attente d'autres écrits:
- alors que les réseaux de distribution sélective sont l'avenir de la distribution, le Livre X, titre 2, CDE ne parle pas des critères de sélection. La partie juridique du dossier d'information précontractuelle ne concerne les dispositions contractuelles importantes que « *pour autant qu'elles soient prévues* ***dans*** *l'accord de partenariat commercial* » (ici souligné). Tel est rarement le cas des critères de sélection eux-mêmes. Ils sont pourtant essentiels ;
- suivant l'art. X.27, al. 2, CDE: « *Si, après la communication du projet d'accord et du document particulier, une donnée reprise à l'article X.28 § 1er, 1°, est modifiée dans ceux-ci,* ***sauf si cette modification est sollicitée par écrit par celui qui reçoit le droit****, celui qui octroie le droit fournit à l'autre personne, au moins un mois avant la conclusion de l'accord de partenariat commercial visé à l'article 1.11, 2°, le projet d'accord modifié et un document particulier simplifié* » (ici souligné). Que faire lorsque la modification apportée au projet de contrat est le résultat de discussions et de la demande du représentant de *quelques* distributeurs, mais non de tous, alors que tous se verront proposer au final le même contrat standard (y compris ceux qui n'ont rien demandé et qui sont invités à signer un contrat différent du projet qui leur a été communiqué)? En pratique, il n'y a pas d'autre solution qu'un nouveau dossier complet et une nouvelle période d'attente pour tout le monde;
- le document dit « *simplifié* » de l'art. X.29 CDE n'a rien de simple lorsqu'il faut changer une clause tenant peut-être en une ligne dans le contrat mais qu'à cette occasion, c'est toute la partie économique du dossier d'information précontractuelle qu'il faut actualiser. Le précédent dossier a peut-être 5 ans; il n'y en a peut-être jamais eu car le premier contrat a été signé avant le Code de 2014;
- concernant précisément cette partie économique, constatons, plus de 20 ans après la loi du 19 décembre 2005, que certaines mentions imposées par la loi sont restées impossibles pour la plupart des *business managers* que nous avons conseillés. Voir ainsi l'art. X.28, § 1er, 2°, point g) prévoyant la mention de « *l'historique, l'état et les perspectives du marché où les activités s'exercent, d'un point de vue général et local* », à distinguer du point h) évoquant « *l'historique, l'état et les perspectives de* ***la part de*** *marché du réseau d'un point de vue général et local* » (ici souligné). Et que dire du point k) imposant d'informer sur « *les charges et les investissements auxquels s'engage la personne qui reçoit le droit au début et au cours de l'exécution de l'accord de partenariat commercial en indiquant leur montant et leur destination ainsi que leur durée d'amortissement, le moment où ils seront engagés ainsi que leur sort en fin de contrat.* » Que faire dans l'hypothèse des contrats à durée indéterminée dans des secteurs en évolution constante (ex.: l'automobile)? Voir encore ci-dessous nos commentaires concernant la rémunération du franchiseur, nos 35 et s.

rester aux règles du droit commun et son principe d'exécution de bonne foi. Correctement comprises et appliquées, ce à quoi la jurisprudence et la meilleure doctrine contribuaient déjà[12], elles auraient offert aux concessionnaires et franchisés de tous bords la protection nécessaire et suffisante, sans susciter les nouveaux problèmes égrenés ci-dessus.

Et s'il n'était pas trop tard pour abroger le Livre X, Titre 2, CDE? Nous sommes personnellement convaincus que, dans de nombreux cas, l'application du seul droit commun profiterait *aux deux parties*. L'information précontractuelle *obligatoire* (en vertu de l'obligation de bonne foi) mais affranchie des mécanismes stricts du Livre X, Titre 2, CDE permettrait *notamment*:

– de rappeler que devoir d'informer et devoir *de s'informer* vont de paire, le Livre X, Titre 2, CDE ayant eu le tort de ne se focaliser que sur le premier;
– ne plus devoir subir la période d'attente d'un mois *minimum* de l'article X.27, alinéa 1er, CDE, dont la pratique révèle qu'elle est souvent mal vécue de part et d'autre[13];
– de traiter de la même manière (et donc sans risque de confusion) les informations imposées par le Livre X, Titre 2, CDE et les autres, importantes mais non visées par la loi spéciale, dont la communication reste nécessaire en vertu du droit commun[14];
– de ramener à une juste mesure les risques de nullité du contrat: aujourd'hui, on ne peut que rester perplexe devant le caractère *automatique* de la sanction de l'article X.30, alinéa 1er, CDE et le fait que la doctrine ne semble pas s'en émouvoir[15].

6. Dans l'attente d'une éventuelle abrogation du Livre X, Titre 2, CDE, c'est en tout cas dans les règles du droit commun qu'il faut chercher les solutions aux problèmes dénoncés ci-dessus. La doctrine unanime considère déjà que si, en marge du système spécifique qu'elle met en place, l'obligation de se comporter de bonne foi impose au fournisseur de communiquer une information *non prévue* au Livre X, Titre 2, CDE, il est tenu de le faire en application du droit commun[16]. Voilà donc l'information précontractuelle qu'on réservera à toute information importante pour le distributeur mais qu'une analyse stricte du Livre X, Titre 2, CDE aura laissée en dehors du dossier d'information précontractuelle conformément à ses articles X.28 et X.29 CDE[17].

2. AGENCE COMMERCIALE

7. Définition. L'article I.11, 1°, CDE définit le contrat d'agence commerciale comme étant le « *contrat par lequel l'une des parties, l'agent commercial, est chargée de façon permanente, et moyennant rémunération, par l'autre partie, le commettant, sans être soumis à l'autorité de ce dernier, de la négociation et éventuellement de la conclusion d'affaires*

12. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 859, n° 376.3 et les notes: « *L'obligation d'information veut qu'un sujet de droit qui, notamment en raison de sa profession, dispose d'une information dont il n'ignore pas, ou ne peut ignorer, l'importance pour son cocontractant potentiel, et dont il doit savoir que ce dernier n'a pu normalement avoir connaissance, puisse être investi d'une obligation de divulgation de cette information.* »

13. Que de fois n'avons-nous pas été consultés sur la manière d'éviter ce délai, dont l'application risquait de faire louper au distributeur des opportunités commerciales bienvenues en début de relations contractuelles (ex.: les ventes de fin d'année pour un supermarché racheté début décembre).

14. Voir les exemples cités dans: L. DU JARDIN, « Mille-feuilles en droit de la distribution – Le principe de la convention-loi et l'obligation d'information précontractuelle à l'épreuve de la réalité », *in* C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WERY (eds.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Brugge, die Keure, Bruxelles, la Charte, 2017, et en particulier le tableau p. 376.

15. Suivant P. DEMOLIN, *L'information précontractuelle et la Commission d'arbitrage*, *o.c.*, p. 69: « *Le texte des articles X.27 et X.29 permet de mettre en œuvre la sanction de la nullité sans exiger d'autre condition ni prévoir de tempérament, ce qui laisse penser que la nullité sera automatiquement prononcée en présence d'une irrégularité, même si cette irrégularité dans l'information précontractuelle est mineure et ne peut avoir eu d'influence sur la décision du partenaire (sic).* » Dans le même sens: P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 85, n° 178. On souligne et apprécie donc les nuances et tempéraments que tentent d'apporter G. STRAETMANS et D. MERTENS (eds.), *Actualia handelstussenpersonen*, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2006, pp. 32 et s., prenant en compte les effets que les éventuels défauts d'application de la loi ont pu avoir concrètement sur le consentement du distributeur. Sur ce volet de la loi, voir L. DU JARDIN, « Prescriptions et nullités en droit de la distribution » (note sous Cass., 17 septembre 2015), *R.D.C.*, 2016/4, pp. 395-400. Concernant les sanctions du droit commun, le professeur Wéry souligne: « *(...) l'écart de conduite par rapport aux exigences de la bonne foi requise au stade précontractuel ne constitue pas un manquement contractuel, mais une* ***faute précontractuelle****, c'est-à-dire une variété de faute aquilienne. L'auteur du comportement litigieux devra donc réparer le dommage causé sur la base de l'article 1382 du Code civil; le plus souvent, cette indemnisation consistera exclusivement dans le versement de dommages et intérêts.* » (P. WERY, *Droit des obligations*, I, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 141, n° 117).

16. En ce sens: P. KILESTE et C. STAUDT, « Contrat de franchise », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 89, n° 194, p. 109, n° 228: « *L'existence de cette législation spécifique ne supprime cependant pas les obligations résultant du droit commun. Les principes de bonne foi ainsi que la théorie des vices de consentement restent donc applicables.* » O. CLEVENBERGH, « La place de l'étude de marché et du plan prévisionnel au sein de l'information précontractuelle à fournir au franchisé en vertu de la loi du 19 décembre 2005 et du droit commun – La sanction du caractère inexact ou incomplet des informations communiquées », *R.D.C.*, 2008/2, p. 195, n° 15: « *Dès lors que le fondement de l'obligation d'information est basé soit sur le principe de la bonne foi, soit sur la théorie des vices du consentement, il paraît certain (sic) qu'une loi spécifique ne supprime pas l'obligation de droit commun.* »

17. Pour une analyse des nombreuses « couches » d'un contrat de partenariat et de la manière de leur appliquer le Livre X, Titre 2, CDE, on lira nos précédents écrits très détaillés: L. DU JARDIN, « Mille-feuilles en droit de la distribution – Le principe de la convention-loi et l'obligation d'information précontractuelle à l'épreuve de la réalité », *in C. Delforge, S. Stijns* et P. WERY (eds.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Brugge, die Keure, Bruxelles, la Charte, 2017, pp. 347 à 379.

au nom et pour le compte du commettant » (ici souligné). Le Livre X, Titre 1er, CDE est compris et appliqué comme faisant de l'agent quelqu'un qui travaille nécessairement *au nom du commettant*. S'il travaille en son nom propre, la qualification d'agent semble exclue[18]. La tentation est alors de le requalifier en commissionnaire, voire en concessionnaire de vente s'il participe aux risques[19].

Cette analyse nous semble erronée. Elle proviendrait d'une mauvaise transposition de la directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 *relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants*[20], à l'origine de la loi belge du 13 avril 1995 *relative au contrat d'agence commerciale* (devenue le Livre X, Titre 1er, CDE). Le Conseil européen y faisait la distinction suivant que l'agent était seulement chargé de la *négociation* ou aussi de la *conclusion* des affaires (art. 1.2 ici souligné):

« *Aux fins de la présente directive, l'agent commercial est celui qui, en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente,* ***soit*** *de négocier la vente ou l'achat de marchandises* ***pour*** *une autre personne, ci-après dénommée 'commettant',* ***soit*** *de négocier et de conclure ces opérations* ***au nom et pour le compte*** *du commettant*. »

Il est manifeste que, pour le Conseil, les conditions « *au nom et pour le compte de* » ne concernaient que l'agent qui a le pouvoir de négocier *et de conclure*. Lorsque tel n'était pas le cas (pouvoir limité à la négociation), la directive ne disait rien en ce sens et l'agent pouvait donc agir soit en son nom, soit au nom du commettant[21]. Il est regrettable que la nuance ait été perdue au moment de transposer en droit belge la directive européenne[22]. En rejetant en fin de définition les mots « *au nom et pour le compte du commettant* », le législateur belge a laissé croire qu'ils s'appliquaient à l'agent chargé « *de la négociation et éventuellement*[23] *de la conclusion d'affaires* ». Le glissement sémantique a eu pour conséquence de confirmer que la *conclusion* des affaires est un pouvoir facultatif de l'agent chargé de la *négociation*, mais de faire toujours de ce dernier (même quand il ne fait que négocier) quelqu'un qui agit *au nom et pour le compte* du commettant.

Quelles sont les conséquences de cette réduction de la loi belge à l'hypothèse de celui que nous appellerons « agent *mandataire* » (même s'il n'a pas le pouvoir de conclure, il négocie néanmoins *au nom et pour le compte* du commettant), à distinguer de l'« agent *commissionnaire* » (qui serait l'agent qui agit *en son nom* mais *pour le compte du commettant*)? Si le contrat d'agent commissionnaire est exclu des dispositions de la loi spéciale, seul le droit commun s'applique à lui. Il en résulte principalement qu'il ne bénéficie:

- ni des règles impératives en matière de rémunération[24];
- ni (surtout) de celles qui prévoient une indemnité d'éviction en fin de contrat[25]. Un comble quand précisément le fait que l'agent travaille en son nom suggère, dans la création de la clientèle, un rôle plus important que celui de l'agent qui travaille au nom du commettant.

Reconnaître le statut de l'agent *commissionnaire* permet de rencontrer la situation (pas si exceptionnelle que cela, notamment dans le secteur automobile) où l'agent travaille en son nom, facture et encaisse le prix qu'il remonte au commettant sans que ces circonstances ne justifient une requalification en concessionnaire de vente. Ce dernier achète et revend, finance ses stocks et surtout *participe aux risques*. Tel n'est pas le cas de l'agent commissionnaire qui ne paie le fournisseur en amont (souvent après déduction de sa commission) que si et quand il est lui-même payé par le client utilisateur final en aval. En pareille hypothèse, à défaut de toute participation aux risques, la requalification en concessionnaire de vente ne se justifie pas et seule la reconnaissance du statut d'agent commissionnaire permet d'expliquer la situation.

8. ***De lege ferenda***. Il faudrait définir le contrat d'agence commerciale comme étant le « *contrat par lequel l'une des parties, l'agent commercial, est chargée de façon perma-*

18. En ce sens: P. NAEYAERT, *Handelsagentuurovereenkomst*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, p. 12, n° 12, p. 21, n° 23; P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, *R.P.D.B*., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 42, n° 66.

19. Sur ces questions de qualification, voir P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen* , Brugge, die Keure, 2012, pp. 168 et s., et en particulier le tableau p. 172.

20. *J.O.C.E.*, L. 382 du 31 décembre 1986, pp. 17-22.

21. Au niveau européen, voir p. ex.: W. HESSELINK *et al.*, *Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts*, Sellier, Bruylant, Staempfli, 2006, p. 157: « *The agent may be engaged in negotiations either in its own name or in the principal's name* »; Th. STEINMANN, Ph. KENEL et I. BILLOTTE, *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 23: « *A relever encore une catégorie intermédiaire entre l'agent et le commissionnaire, l'agent commissionnaire, dont l'activité est en principe durable.* » Ces auteurs rappellent aussi p. 38 qu'en droit espagnol, avant la loi de 1992 ayant intégré la directive européenne, le contrat d'agence était considéré comme une sous-espèce du contrat de commission.

22. Il est le plus souvent affirmé que la définition du droit belge n'est qu'une transposition de la directive européenne (voir ainsi à titre d'exemple: P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2012, p. 138, n° 164). Nous ne pouvons donc pas souscrire à ce point de vue.

23. A juste titre, la doctrine rappelle que l'aspect « *mandat* » n'est pas un élément essentiel du contrat d'agence. Voir not. C. DELFORGE, « Le contrat d'agence commerciale: la qualification et ses principales incidences », *in* C. DELFORGE (éd.), *Le contrat d'agence commerciale: qualification et clauses particulières*, Bruges, Vanden Broele, 2008, p. 32, n° 26.

24. Art. X.7 à X.15 CDE.

25. Art. X.18 CDE: « *Après la cessation du contrat d'agence commerciale, l'agent commercial a droit à une indemnité d'éviction lorsqu'il a apporté de nouveaux clients au commettant ou a développé sensiblement les affaires avec la clientèle existante, pour autant que cette activité puisse encore procurer des avantages substantiels au commettant.* »

nente, et moyennant rémunération, par l'autre partie, le commettant, sans être soumis à l'autorité de ce dernier, de la négociation et éventuellement de la conclusion d'affaires ***pour le compte du commettant, soit en son nom soit au nom du commettant*** » (ici souligné). Ce faisant, le droit belge ne ferait que rejoindre le point de vue européen[26]. Il serait normalement possible de laisser inchangées toutes les autres dispositions du Livre X, Titre 1er, CDE[27]. Les droits et obligations des parties y gagneraient en lisibilité, en cohérence et surtout en justice.

9. Dans l'attente, on tentera de convaincre les juges de comprendre la loi belge conformément à la directive européenne qui en était l'inspiration et, pour la qualification d'agent commercial, limiter l'exigence d'un travail *au nom et pour le compte du* commettant aux seules hypothèses où l'agent négocie *et conclut* les affaires. De leur côté et pour éviter les espoirs déçus, les parties à un contrat d'agent commissionnaire seront bien avisées de rédiger le contrat ne laissant planer aucun doute sur leur statut:

– le commettant, pour éviter sa requalification en concédant qui aurait pour conséquences de modifier les règles de concurrence et alourdir les modalités de la rupture du contrat;
– l'agent, pour obtenir par contrat ce que le droit commun ne lui offre pas alors qu'il ne peut invoquer le Livre X, Titre 1er, CDE. On peut craindre que l'exercice atteigne vite sa limite: si le commettant acceptera sans trop de difficultés des modalités de rémunération et de préavis (1 à 6 mois *maximum*) calquées sur celles de l'agent mandataire, on l'imagine mal accepter de payer volontairement une indemnité d'éviction en fin de contrat.

10. Rupture pour motif grave. L'article X.17 CDE contient une règle de « *2 x 7 jours* »[28]: 7 jours depuis la connaissance du fait pour résilier et 7 jours depuis la résiliation pour la justifier. Inspirée de la règle des « *2 x 3 jours* » en droit du travail, la règle est une initiative du législateur belge de 1995. Elle ne figurait pas dans la directive européenne du 18 décembre 1986[29]. Etait-ce une bonne idée?

11. Suivant l'article I.11, 1°, CDE, l'agent n'est pas soumis à l'autorité du commettant. Son alinéa 2 précise: « *L'agent commercial organise ses activités comme il l'entend et dispose librement de son temps. (sic)* » Si les parties sont régulièrement en contact, elles sont loin de l'être ponctuellement. Plusieurs semaines peuvent se passer avant que de l'information ne remonte ou ne descende. Il n'y a aucune précision de délai dans les articles X.4 et X.6 CDE qui règlent les obligations de bonne collaboration, sauf l'article X.6, alinéa 2, CDE qui prévoit seulement: « *Le commettant doit, par ailleurs, informer l'agent commercial,* ***dans un délai raisonnable****, de son acceptation, de son refus ou de l'inexécution d'une affaire qu'il a négociée.* » (ici souligné).

Dans de nombreux cas, il sera impossible de respecter le premier délai de 7 jours depuis la connaissance du fait. Compréhensible en droit du travail où subordination, direction et surveillance suggèrent que si un fait n'est pas invoqué pour justifier une rupture immédiate dans les 3 jours de sa connaissance, c'est donc que l'employeur sait « vivre avec », la règle apparaît déplacée entre commettant et agent qui, dans certains cas, échangent peu et se voient encore moins. Connaître un fait ne signifie pas en connaître d'emblée les tenants et les aboutissants: il faut d'abord vérifier; il faut ensuite discuter; il faut enfin décider. Dans le chef des commettants, 7 jours est bien souvent un délai trop court alors même qu'il apparaît – mais trop tard – que les faits sont graves.

12. Tant en droit du travail qu'en matière d'agence com-

---

26. Communication de la Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 10 mai 2010, 2010/C 130/01, point (12) (ici souligné): « *Un agent est une personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant),* ***soit en son nom propre soit au nom du commettant*** *en vue de l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de la vente de biens ou de services fournis par le commettant*. » C.J.U.E., 4 juin 2020, C-828/18, *Trendsetteuse SARL / DCA SARL*, www.curia.europa.eu/juris. La question préjudicielle posée dans cette affaire concernait l'*indépendance* de l'agent: la qualification est-elle réservée à l'agent qui dispose du droit de modifier de façon autonome les conditions de transaction? Dans sa réponse (négative), la Cour s'appuie sur le fait que l'agent travaille *pour compte du* commettant sans distinguer suivant que c'est en son nom ou au nom du commettant: « *L'article 1er, 2., de la directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, doit être interprété en ce sens qu'une personne ne doit pas nécessairement disposer de la faculté de modifier les prix des marchandises dont elle assure la vente pour le compte du commettant pour être qualifiée d'agent commercial, au sens de cette disposition*. »

27. A confirmer à l'issue d'un examen exhaustif que le présent article ne justifie pas à ce stade.

28. Art. X.17 CDE: « *Chacune des parties peut, sous réserve de tous dommages-intérêts, résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque des circonstances exceptionnelles rendent définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre le commettant et l'agent ou en raison d'un manquement grave de l'autre partie à ses obligations. Le contrat ne peut plus être résilié sans préavis ou avant l'expiration du terme,* ***lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui l'invoque depuis sept jours ouvrables au moins***.
Peuvent seuls être invoqués pour justifier la résiliation sans préavis ou avant l'expiration du terme, les circonstances exceptionnelles ou manquements graves notifiés par exploit d'huissier de justice ou par lettre recommandée à la poste, ***expédiée dans les sept jours ouvrables qui suivent la résiliation***. » (ici souligné).

29. Concernant la rupture pour motif grave, la directive se contentait de prévoir que l'indemnité d'éviction ou la réparation visée à l'art. 17 n'est pas due: *« a) lorsque le commettant a mis fin au contrat pour un manquement imputable à l'agent commercial et qui justifierait, en vertu de la législation nationale, une cessation du contrat sans délai;*
b) lorsque l'agent commercial a mis fin au contrat, à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances attribuables au commettant (...). »

merciale, la jurisprudence fait preuve de pragmatisme pour l'application des délais de 3 ou 7 jours. La connaissance du fait, servant de point de départ de leur calcul, est ainsi nuancée en fonction des circonstances (le cas échéant aggravantes) ou de la possibilité qu'aura eue l'auteur de la rupture de dépasser les simples soupçons[30]. Cette jurisprudence, louable dans ses intentions, n'en introduit pas moins une importante marge d'appréciation, et donc d'insécurité juridique[31].

13. ***De lege ferenda***. Il s'agirait de simplifier l'article X.17 CDE comme suit:

« *Chacune des parties peut, sous réserve de tous dommages-intérêts, résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque des circonstances exceptionnelles rendent définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre le commettant et l'agent ou en raison d'un manquement grave de l'autre partie à ses obligations.*

Peuvent seuls être invoqués pour justifier la résiliation sans préavis ou avant l'expiration du terme, les circonstances exceptionnelles ou manquements graves notifiés par exploit d'huissier de justice ou par lettre recommandée à la poste. »

Le délai pris par la partie qui résilie, depuis sa connaissance du fait justifiant la rupture, sera l'indice ou la mesure de sa gravité. Un long délai sera incompatible avec l'impossibilité de poursuivre la relation. Mais pourquoi exiger un délai strict de 7 jours alors qu'en cas de litige (et sauf clause résolutoire expresse), ce sera précisément le rôle du juge d'apprécier *souverainement* si les circonstances justifiaient la décision de rupture immédiate?

14. Dans l'attente d'une simplification légale bienvenue[32], les parties seront bien inspirées d'utiliser la notion de « *manquement continu* » telle que le droit du travail la reconnaît pour appréhender la répétition de fautes qui, prises individuellement, ne sont pas constitutives de faute grave mais dont l'accumulation et la répétition permettent à l'employeur d'en exiger la réparation[33]. La doctrine et la jurisprudence modernes, qui consacrent la nécessaire confiance entre cocontractants, vont en ce sens tant il est vrai que si la faute ponctuelle peut être un accident, la faute répétée traduit une négation de la volonté de collaboration[34].

La solution a déjà été appliquée dans la matière des concessions de vente[35], la jurisprudence prenant en compte tant les fautes répétées du *distributeur* que celles du *fournisseur*. Dans le secteur automobile, le tribunal de commerce de Bruxelles, devant qui nous avons plaidé en ce sens, admet expressément dans un jugement du 5 mai 2011 que des manquements répétés peuvent être assimilés au motif grave justifiant la résolution judiciaire du contrat aux torts du cocontractant fautif[36]. On peut résumer cette jurisprudence par l'idée suivant laquelle, à un moment donné, une succession de manquements contractuels – *quels qu'ils soient finalement* – porte atteinte à la confiance nécessaire à la poursuite de la collaboration. Dans ces cas, ce ne sont pas les manquements, mais leur *répétition* qui devient le motif suffisamment grave justifiant la rupture. Il n'y a pas d'incompatibilité entre une accumulation de manquements (même pendant une longue période) et le fait qu'un jour, ces mêmes manquements ont pour effet de rendre *immédiatement* et *irrémédiablement* impossible la poursuite des relations contractuelles[37].

Dans un arrêt du 14 novembre 2012[38], la cour d'appel de Gand ne décidait pas autre chose au moment de considérer

30. Voir P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 188-191 et les références citées.

31. Voir ainsi les importants développements et les nombreuses références citées par P. NAEYAERT, *Handelsagentuurovereenkomst*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, pp. 229-240.

32. *Contra*: P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen* , Brugge, die Keure, 2012, p. 906 qui, dans la proposition de loi qui clôture sa thèse, non seulement reprend la règle des 2 x 7 jours, mais semble également vouloir l'étendre à tous les contrats de distribution! En matière de concession de vente, comment la pratique pourrait-elle s'en accommoder?

33. Les commentaires et références qui suivent sont partiellement repris de: L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 174 et s. Voir ainsi: Cass., 28 mai 2001, *J.T.*, 2001, p. 860 (non-remise de rapports mensuels d'activité et rendement insuffisant); Cass., 20 mars 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 621 (non-remise du planning pour la semaine, envoi tardif des rapports d'activité, non-respect des rendez-vous avec les clients). Voir aussi Cass., 19 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 99; C. trav. Bruxelles, 17 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 127; Trib. trav. Bruxelles, 6 septembre 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 52; Trib. trav. Tournai, 8 décembre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 85.

34. P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2012, p. 39, n° 39, insiste sur la confiance particulièrement nécessaire dans une « *organisation de distribution* ».

35. Voir ainsi Comm. Gand, 12 octobre 1995, *inédit*, R.G. 508/91 qui retient « *les manquements **répétés** du concédant dans l'exécution des commandes passées dans le cadre de la concession* »; Bruxelles, 27 mai 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 496, qui retient *« le non-respect **systématique** par le concessionnaire des échéances de paiement, accompagné de promesse non tenue d'apurement* », (c'est nous qui soulignons), pour admettre la résolution du contrat à ses torts (décisions citées par P. KILESTE et P. HOLLANDER, *R.D.C.*, 1998, p. 13, notes 119 et 125). Voir aussi Bruxelles, 20 octobre 2011, *R.D.C.*, 2013/2, pp. 122 et s.: « *L'accumulation de retards de paiement, à de nombreuses reprises, sur une période de près d'un an, a pu susciter dans le chef du* [fournisseur] *une perte de confiance en la fiabilité* [du distributeur] *rendant immédiatement et irrémédiablement impossible la poursuite des relations entre les parties.* » La cour y relève notamment « *pas moins de 10 mises en demeure* »!

36. Comm. Bruxelles, 5 mai 2011, R.G. A/10/03492, *inédit*, *Ital Motors / Fiat Group Automobiles Belgium*.

37. Le bon sens populaire rend compte de cette réalité par son expression: « *C'est la goutte qui fait déborder le vase.* » La constatation prend toute son importance lorsque le motif grave doit être invoqué dans un bref délai. Ne peut-on considérer que ce dernier ne commence que lorsque la répétition des fautes est stigmatisée et que « *la coupe est pleine* » (encore une expression qui dit la même chose).

38. Gand, 14 novembre 2012, *D.A.O.R.*, 2013, p. 252. Traduction libre de: « *De termijn van 7 werkdagen voorzien in artikel 19 handelsagentuurwet begint te lopen na kennisname van de laatste verzwarende omstandigheid, m.n. het nieuwe feit dat tot gevolg heeft dat het samen met de oude feiten de tekortkoming ernstig of uitzonderlijk maakt, waarbij het aan de geschade partij toekomt om te oordelen wanneer de herhaalde tekortkomingen van die aard zijn dat zij de beëindiging van de overeenkomst rechtvaardigen.* »

que « *le délai de 7 jours ouvrables mentionné à l'article 19 de la loi sur l'agence commerciale commence à courir dès la prise de connaissance du dernier fait aggravant, c'est-à-dire de la circonstance nouvelle qui, avec les faits anciens, rend le manquement grave ou exceptionnel. Il appartient à la partie lésée de juger quand les manquements répétés sont d'une nature telle qu'ils justifient la résiliation du contrat* ».

Pour respecter la règle des « *2 x 7 jours* » tant qu'elle existe, notre conseil est que la partie qui souhaite résilier mette en demeure son cocontractant de prendre dans un délai strict les mesures de nature à mettre fin à l'accumulation des manquements dénoncés (il y en aura rarement un seul). C'est l'absence de réponse satisfaisante dans le délai notifié qui sera le point de départ des 2 x 7 jours dans lesquels on pourra valablement décider et notifier la rupture immédiate.

3. CONCESSION DE VENTE

15. Durée indéterminée. Le Livre X, Titre 3, CDE réserve la protection qu'il conçoit au seul concessionnaire de vente exclusif[39] et à durée *indéterminée*. Certes, la règle est tempérée par les deux présomptions de l'article X.38 qui prévoit:

« *Lorsqu'une concession de vente soumise au présent chapitre est accordée pour une durée déterminée, les parties sont censées avoir consenti à un renouvellement du contrat, soit pour une durée indéterminée, soit pour la durée prévue dans une clause éventuelle de reconduction tacite, à défaut pour elles d'avoir notifié un préavis par lettre recommandée trois mois au moins et six mois au plus avant l'échéance convenue.*

Lorsqu'une concession de vente à durée déterminée a été renouvelée à deux reprises, que les clauses du contrat primitif aient ou non été modifiées entre les mêmes parties, ou lorsqu'elle a été tacitement reconduite à deux reprises par l'effet d'une clause du contrat, toute prorogation ultérieure est censée consentie pour une durée indéterminée. »

16. L'alinéa 1er de l'article X.38 CDE préserve le distributeur de la surprise d'un non-renouvellement. Il n'empêche: le préavis dont on parle peut valablement être de 3 mois seulement (si le concédant s'y prend à la dernière minute; à comparer avec les 1 ou 2 ans que l'on rencontre souvent en préavis de la rupture d'un contrat de concession à durée indéterminée). Lorsque le contrat n'est pas renouvelé, le concessionnaire n'a aucun droit à faire valoir à une indemnité de clientèle ou de dédits. Tant pis pour la clientèle qu'il a pu créer pendant son contrat de 5 ou 10 ans; tant pis pour le personnel qu'il n'aura pas pu licencier dans un délai de 3 mois.

L'alinéa 2 de l'article X.38 CDE revient à autoriser 3 périodes successives à durée déterminée. De nombreux contrats exclusifs étant à durée déterminée de 5 ans[40] , c'est donc au final un contrat de 15 ans qui peut ainsi arriver à échéance avec un préavis de 3 mois seulement et sans indemnité de clientèle ou de dédits.

17. Au regard de la protection dont bénéficie le concessionnaire à durée *indéterminée*[41], la situation décrite ci-dessus apparaît injuste et injustifiée. Alors qu'on doit souligner les vertus de la stabilité contractuelle résultant d'un contrat à durée indéterminée (seulement résiliable moyennant un préavis raisonnable), préservant chacune des parties de la tentation des comportements opportunistes résultant d'une situation précaire (car à court terme), le système du Livre X, Titre 3, CDE revient à sanctionner le concessionnaire à qui le concédant impose la durée déterminée de leur partenariat (ce sera rarement le choix du concessionnaire: il est donc puni pour quelque chose qu'il n'a pas choisi).

18. ***De lege ferenda***. La protection de l'actuel Livre X, Titre 3, CDE repose sur deux piliers: le préavis raisonnable (ou la juste indemnité) de l'article X.36 et l'indemnité complémentaire de l'article X.37. Il n'est pas indispensable de prévoir le premier pour le concessionnaire de vente à durée déterminée. Le système actuel de l'avis de non-renouvellement (3 mois au moins et 6 mois au plus avant l'échéance) peut être maintenu dès lors que le second pilier lui est offert. Concrètement, l'arrivée à échéance annoncée (confirmée) par le concédant ne priverait pas le concessionnaire de vente à durée déterminée de droits à faire valoir:

– une indemnité de clientèle pour celle qu'il aura créée pendant la durée déterminée de leur relation (en quel-

39. Et les situations assimilées par l'art. X.35 CDE: « *Sont soumises aux dispositions du présent titre, nonobstant toute clause contraire:*
1° les concessions de vente exclusive;
2° les concessions de vente en vertu desquelles le concessionnaire vend, dans le territoire concédé, la quasi-totalité des produits faisant l'objet de la convention;
3° les concessions de vente dans lesquelles le concédant impose au concessionnaire des obligations importantes qui sont liées à la concession de vente d'une manière stricte et particulière et dont la charge est telle que le concessionnaire subirait un grave préjudice en cas de résiliation de la concession. »

40. En application du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (*J.O.*, L. 102 du 23 avril 2010, p. 1). Son art. 5, 1., a) interdit « *toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans* ».

41. Nous avons déjà démontré combien la résiliation d'un jeune contrat pouvait être plus problématique que celle d'un vieux contrat. Voir L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 138-140.

ques années, on peut faire beaucoup, certainement au XXIe siècle où tout va tellement plus vite qu'en 1961, date de la loi à l'origine du Livre X, Titre 3, CDE)[42];
– une indemnité de dédits, étant bien entendu que le concessionnaire doit tout faire pour réduire son préjudice et que l'indemnité ne concernerait que le personnel que le concessionnaire n'a pas eu le temps de résilier pendant la durée de l'avis de non-renouvellement que lui aurait notifié le concédant.

L'alignement préconisé ci-dessus correspond à la situation de l'agent (mandataire) à l'égard duquel le Livre X, Titre 1er, CDE ne prétend pas distinguer son droit à indemnité d'éviction suivant que son contrat est à durée déterminée ou indéterminée. Il apparaît d'autant plus légitime que, depuis 2003, la jurisprudence de la Cour de cassation ne laisse aucun doute sur le fait que les droits à indemnité du concessionnaire peuvent faire l'objet d'une appréciation *in abstracto* ou *in concreto*, le juge pouvant (mais ne devant pas) prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce pour statuer sur les demandes[43][44].

19. Dans l'attente des droits du concessionnaire à durée déterminée à des indemnités de clientèle et de dédits[45], on encouragera *si possible* la signature des contrats à durée indéterminée assortis d'une « *période d'essai* » incompressible de 2 ou 3 ans (pratiquement: la rupture du contrat à durée indéterminée est précédée d'un préavis raisonnable qui ne peut être notifié qu'après 2 ou 3 ans de relations contractuelles). La difficulté réside dans le fait que rares seront les concessionnaires belges qui seront en position de force pour imposer ce système à leur concédant qui n'y trouvera souvent aucun avantage.

A défaut de clause en ce sens, on tentera de se consoler en soutenant une jurisprudence qui:
– dans l'appréciation des contrats à durée déterminée qui se succèdent, privilégie l'approche *économique* en acceptant qu'un changement de forme du concessionnaire (p. ex.: il était en personne physique, puis il s'est constitué en société) n'empêche pas de constater la continuité de la relation, et donc la succession des contrats même s'ils ont été conclus avec des personnes différentes (c'est la poursuite de la même *entreprise* qui importe);
– dans l'appréciation de l'ancienneté des relations contractuelles, favorise la même approche économique en faisant remonter les droits du concessionnaire (principalement pour l'évaluation d'une éventuelle indemnité de clientèle) à la date de sa première collaboration avec le concédant, quels qu'aient été la forme alors utilisée (personne physique ou morale? premier contrat à durée déterminée ou indéterminée?) ou le périmètre des premiers achats-ventes (territoire? exclusivité? etc.)[46].

20. Indemnité de clientèle. L'article X.37 CDE est actuellement rédigé comme suit:

« *Si la concession de vente visée à l'article X.35 est résiliée par le concédant pour d'autres motifs que la faute grave du concessionnaire, ou si ce dernier met fin au contrat en raison d'une faute grave du concédant, le concessionnaire peut*

42. Dans la proposition de loi qui clôture sa thèse, P. NAEYAERT (*Distributeurs en handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2012, p. 909) ne distingue pas non plus entre contrats à durée *déterminée* et contrats à durée *indéterminée.* Le critère est: « *Bij een beëindiging (...) die niet aan de geïntegreerde distributeur te wijten is noch het gevolg is van zijn vrije beslissing.* »

43. La question se pose et se règle en des termes similaires, que ce soit pour la « *juste indemnité* » (compensatoire de préavis) de l'art. X.36 CDE ou l'« *indemnité complémentaire équitable* » (essentiellement de clientèle) de l'art. X.37 CDE. Voir ainsi et mettre en perspective:
– Cass., 16 mai 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1009; *R.D.C.*, 2005, p. 20;
– Cass., 4 décembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1951; *R.D.C.*, 2005, p. 24, avec la note Y. VAN COUTER, « Schadebegroting bij de toepassing van artikel 2 van de wet van 27 juli 1961: 'juger selon la raison plutôt que selon les inclinaisons du cœur' »;
– Cass., 7 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 36; *R.D.C.*, 2005, p. 916 (avec la note P. HOLLANDER):
« *Dat de rechter, op grond van de concrete omstandigheden van de zaak, onaantastbaar in feite oordeelt of er bij de beëindiging van de concessie sprake is van een aanzienlijke meerwaarde van cliënteel die de concessiehouder tijdens de duur van de concessie heeft opgebouwd en waarvan redelijk kan aangenomen worden dat zij de concessiegever trouw zal blijven;*
Dat het onderdeel dat er van uitgaat dat de meerwaarde inzake cliënteel alleen kan bepaald worden op grond van een vergelijking van het cliëntenbestand bij het begin en bij het einde van de concessieovereenkomst, faalt naar recht; »;
– Cas., 10 février 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 337; *R.D.C.*, 2005, p. 922 avec la note Th. FAELLI, « La notion de préavis raisonnable dans la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée »;
– Cass., 7 avril 2005, *Pas*., 2005, I, p.804; *R.W.*, 2005-2006, p. 1176 avec la note D. MERTENS, « Art. 2 Alleenverkoopwet. Begroting in abstracto of in concreto: een achterhaalde discussie ».

44. Nous n'avons pas connaissance de jurisprudence s'étant expressément prononcée en ce sens mais il nous semble que, concernant l'indemnité de dédits, le libellé du texte légal (qui vise « *3° les dédits que le concessionnaire doit au personnel qu'il est dans l'obligation de licencier par suite de la résiliation de la concession de vente* ») est tel que la demande doive nécessairement s'apprécier *in concreto*.

45. C'est volontairement que nous n'avons pas parlé du deuxième poste de l'indemnité complémentaire équitable de l'art. X.37 CDE: « *2° les frais que le concessionnaire a exposés en vue de l'exploitation de la concession de vente et qui profiteraient au concédant après l'expiration du contrat* ». Il est rarement invoqué – à juste titre car il est source de confusion (les frais en question ne sont-ils pas précisément ceux qui ont contribué à la clientèle créée par le concessionnaire et apportée au concédant, déjà indemnisée au point 1°?). Dans une perspective de modification légale, nous sommes pour la suppression de ce poste qui, en tout état de cause, ne peut servir à l'indemnisation des investissements en immeuble ou en matériel du concessionnaire. Ce n'est que pour la fixation du préavis raisonnable (suivant qu'ils sont amortis ou non) que, le cas échéant, ces investissements entrent en ligne de compte pour l'appréciation des conséquences de la rupture. Voir not. en ce sens: Cass., 10 février 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1440; Bruxelles, 6 août 2013, *R.A.B.G.*, 2016, pp. 614-620, note H. VAN GOMPEL.

46. C'est le critère de la « *continuation de la même entité économique* » relevé par P. KILESTE et C. STAUDT, « Examen de jurisprudence. Résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2011 à 2018) », *R.D.C.*, 2019/3, p. 375, n° 100.

prétendre à une indemnité complémentaire équitable.

Cette indemnité est évaluée, selon le cas, en fonction des éléments suivants:

1° La plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire et qui reste acquise au concédant après la résiliation du contrat;

(...)

A défaut d'accord des parties, le juge statue en équité, et, le cas échéant, en tenant compte des usages. »

21. La disposition est à l'origine de l'essentiel du contentieux des concessions de vente[47]. Identifier les problèmes récurrents et tenter de les résoudre permettra-t-il de le réduire? Voici l'exercice auquel nous procédons ci-après en suivant l'ordre du texte légal.

– « *Si la concession de vente visée à l'article X.35 est résiliée par le concédant pour d'autres motifs que la faute grave du concessionnaire, ou si ce dernier met fin au contrat en raison d'une faute grave du concédant.* »

22. Soulignons d'emblée que l'hypothèse de la résolution *judiciaire* (demandée en justice) ne figure pas au texte. Concrètement, lorsque le concessionnaire ne souhaite pas prendre l'initiative (et donc le risque) de rompre pour faute grave du concédant mais soumet le différend au juge, il faudrait normalement constater que cette hypothèse n'est *pas* une de celles visées à l'article X.37 CDE. La jurisprudence accepte généralement de raisonner par analogie pour indemniser de sa clientèle le concessionnaire dont l'action en résolution judiciaire est déclarée fondée (à défaut, ce serait un comble que le concessionnaire soit puni par le fait de s'adresser au juge)[48]. Reconnaissons que la solution n'est pas satisfaisante car en principe, l'application par analogie d'une loi *impérative* ne se conçoit pas.

23. Relevons ensuite que la perte de l'indemnité de clientèle dans le chef du concessionnaire résilié par son concédant pour faute grave crée une situation de « *double peine* »:

– l'absence de « *préavis raisonnable* » (ou de sa « *juste indemnité* » compensatoire) du fait de la rupture immédiate;
– la perte du droit à indemnité de clientèle, exclue par la loi lorsque la rupture immédiate est due à la faute grave du concessionnaire.

En droit, sanctionner deux fois le même fait n'est pas juste. Cela se vérifie ici:

– si la faute grave du concessionnaire est étrangère à la clientèle, sa création et son apport, comment justifier de lier les conséquences de la première à l'indemnisation de la seconde[49]?
– dans l'hypothèse contraire, le strict respect des conditions de l'indemnité de clientèle (plus-value de clientèle, créée par le concessionnaire et apportée au concédant) suffirait à filtrer les demandes du concessionnaire, fondées – ou non[50] – sans qu'il soit nécessaire de sanctionner *d'office* de la perte de tout droit à indemnité de clientèle la rupture pour faute grave du concessionnaire, *quelle qu'elle soit*.

24. Pour terminer ce point, on mentionnera le fait que la « *double peine* » dénoncée ci-dessus a pour conséquence de jeter de l'huile sur le feu de toute faute du concessionnaire. Si, en raison d'une faute du concessionnaire, le concédant ne voit plus d'avenir à la relation et décide de la rompre, le faire avec préavis l'expose au risque de l'indemnité de clientèle. Le concédant peut être tenté de notifier une rupture immédiate pour *faute grave*, considérant qu'en cas de litige, même la réformation ultérieure par un juge (qui estimerait que la faute n'était pas grave au point de justifier la rupture immédiate) n'aurait pas pour effet de créer un risque supplémentaire (le concédant ne sera exposé qu'au risque de l'indemnité de clientèle auquel il aurait d'emblée été exposé si, dès le départ, il avait choisi de rompre avec préavis). On doit évidemment regretter le droit imprécis lorsque, s'éloignant

47. L'obligation du « *préavis raisonnable* » de l'art. X.36 CDE ne fait que répéter une exigence du droit commun belge et trouve son équivalent dans la quasi-totalité des droits étrangers. Ce n'est donc pas là que se situent les enjeux qui, pour l'application du Livre X, Titre 3, CDE, se focalisent sur les seules dispositions qui n'y sont pas réciproques (seul le concessionnaire peut les invoquer):
– indemnité complémentaire de l'art. X.37 CDE;
– dispositions de droit international privé de l'art. X.39 CDE.

48. Voir ainsi P. KILESTE, « La concession de vente », *Le droit de la distribution*, Liège, C.U.P., Anthemis, 2009, p. 51, n° 51: « *Dans l'hypothèse d'une résolution sur la base du droit commun, la victime aura droit à des dommages et intérêts déterminés conformément à l'article 1149 du Code civil, par référence au* damnum emergens *et au* lucrum cessans*, sans préjudice cependant à la possibilité de raisonner par analogie avec la loi de 1961.* » Dans le même sens: A. DE SCHOUTHEETE, « Faute grave et manquement contractuel en matière de concession de vente », *R.D.C.*, 2003, p. 518, n° 6 et les références citées: « *Toujours est-il que plusieurs juridictions de fond ont entendu, consciemment ou non, corriger cette conséquence de l'application de l'article 1184 du Code civil, en décidant expressément que le manquement commis par le concédant équivalait à une résiliation unilatérale tacite dans son chef avec, comme conséquence, l'obligation de payer la juste indemnité visée à l'article 2 de la loi.* » (ici souligné). Plus récemment: P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2012, p. 446, n° 529, p. 596, n° 715, qui, pas plus que les autres auteurs cités, ne semble s'émouvoir de cette application par *analogie* de dispositions *impératives*.

49. Exemple: le concessionnaire vendait beaucoup car il accordait de très bonnes remises, alimentant ses résultats commerciaux mais détruisant ses résultats financiers, et donc sa rentabilité. Le non-paiement des factures du concédant est un motif grave empêchant la poursuite des relations. Mais pourquoi devrait-il avoir une incidence sur la clientèle à indemniser?

50. Exemple: la faute grave reprochée au concessionnaire est la non-atteinte des objectifs de vente, ou une sérieuse atteinte à la marque et à sa réputation. Dans ces hypothèses, il est légitime que le concessionnaire ne soit *pas* indemnisé pour une clientèle qu'il ne crée pas, voire qu'il détruit.

de l'idée de partenariat, il *encourage* les décisions les plus dures.

– « *La plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire et qui reste acquise au concédant après la résiliation du contrat.* »

25. Une meilleure compréhension de ces termes, contribuant à une application à la fois plus large et plus stricte des trois conditions légales, serait peut-être de nature à réduire les recours aux tribunaux. Peut-être est-ce l'occasion de constater que si les intentions du législateur de 1961 étaient les bonnes, les mots furent mal choisis.

Pour que ne soit pas récompensé le concessionnaire qui ne fait que suivre le marché, mais pour que ne soit pas pénalisé celui qui appartient à un réseau performant, nous enseignons généralement que pour démontrer son droit à indemnité de clientèle, le concessionnaire doit prouver qu'il fait « *mieux que ses concurrents et au moins aussi bien que ses collègues* ». A juste titre, la jurisprudence a tendance à se montrer pragmatique, acceptant la fluctuation des résultats du concessionnaire lorsque la réalité de la plus-value de clientèle sur toute la durée du contrat est vérifiée[51]. Elle accepte de considérer que dans un contexte de concurrence grandissante, le seul fait de maintenir les volumes peut être en soi de la performance[52]. Les mots « *plus-value notable* » rendent peu ou mal compte de ces nuances bienvenues[53]. En prévoyant le droit à indemnité d'éviction de l'agent « *lorsqu'il a apporté de nouveaux clients (...) ou a développé sensiblement les affaires avec la clientèle existante* »[54], le législateur de 1995 était bien mieux inspiré que celui de 1961 en matière de concession de vente. Nous sommes favorables à un alignement des textes.

26. Les mots conditionnant le droit à indemnité à une plus-value de clientèle « *apportée par le concessionnaire* » et « *qui reste acquise au concédant après la résiliation du contrat* » ne sont pas plus heureux. L'« *apport* » de clientèle par le concessionnaire ne doit-il pas être compris comme étant la « *création* » de clientèle par le concessionnaire? Car si l'apport dont on parle est l'apport *au concédant* (à qui d'autre?), la deuxième condition ne fait-elle pas double emploi avec la troisième? Une troisième condition dont il faut relever la mauvaise formulation puisque la clientèle étant par définition une *res nullius*, elle n'est *jamais* « *acquise* » (tout au plus … « *apportée* »)[55]. Sur ces deux points également, nous sommes favorables à un alignement du droit à indemnité de clientèle du concessionnaire sur celui de l'agent qui ne lui est ouvert que « *pour autant que [son] activité puisse encore procurer des avantages substantiels au commettant* »[56]. Dans les deux cas, la création de clientèle ne sera indemnisée qu'à concurrence de l'activité et des efforts particuliers de l'agent ou du concessionnaire, tenant compte de l'activité et des efforts particuliers du commettant ou du concédant dans la promotion de la marque et des produits, et pour peu qu'après la fin du contrat, il en résulte effectivement un profit dans le chef du commettant ou du concédant qui la récupère.

– « *A défaut d'accord des parties, le juge statue en équité, et, le cas échéant, en tenant compte des usages.* »

27. L'*équité* est au cœur de la jurisprudence développée par la Cour de cassation depuis 2003 et déjà évoquée[57]. Nous

51. C'est le cas lorsque le concessionnaire, parti de rien, a introduit les produits sur son marché. Voir P. KILESTE et C. STAUDT, « Examen de jurisprudence. Résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2011 à 2018) », *R.D.C.*, 2019/3, p. 382, n° 121 et les références citées.

52. Comm. Bruxelles (7e ch.), 22 avril 2015, R.G. A /11/03554, *CEGES / BROSSARD*, *inédit*.

53. Suivant G. STRAETMANS et D. MERTENS (eds.), *Actualia handelstussenpersonen*, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2006, p. 106, n° 42: « *Een 'meerwaarde' is een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde: de meerwaarde moet aanzienlijk zijn. Onder 'aanzienlijk' wordt verstaan: een opmerkelijke, gevoelige of belangrijke meerwaarde.* » La difficulté vient de ce que le qualificatif « *notable* » est ambigu: signifie-t-il « *pouvant être noté* » ou important, sachant que même du non-important peut être noté (Dieu est dans les détails)?

54. Peu importe le nombre de nouveaux clients. Et si le client existait déjà, l'agent a droit à indemnité s'il parvient à démontrer qu'il a augmenté les ventes avec lui (cela suppose donc que cela soit « *sensible* »). Concernant l'indemnité d'éviction de l'agent, le texte légal suggère que tout apport, même faible, mérite compensation. Le faible apport ne justifie évidemment qu'une faible indemnité. C'est le contraire que suggère le mot « *notable* » conditionnant l'indemnisation de la plus-value de clientèle du concessionnaire de vente. Il laisse entendre un *effet de seuil*: en-deçà d'un certain volume, la plus-value (même établie) n'est pas prise en compte (parce qu'elle n'est pas notable). Est-ce bien légitime? Nous trouvons plus juste la solution de l'agent. Une petite plus-value de clientèle du concessionnaire justifierait une petite indemnité – ni plus, mais ni moins.

55. On ne peut alors qu'approuver la jurisprudence qui se contente de la *probabilité* de l'acquisition pour admettre le droit à indemnité de clientèle. Suivant l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2005 (Cass., 7 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 36; *R.D.C.*, 2005, p. 916 avec la note P. HOLLANDER), le juge peut statuer sur la foi de ce que « *redelijk kan aangenomen worden dat (de cliënteel) de concessiegever trouw zal blijven* ». Dans le même sens: Liège, 17 mars 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 272: « *Ce n'est pas la preuve d'une acquisition* ***effective*** *de la clientèle au concédant qui doit être rapportée par le concessionnaire, mais plutôt la preuve d'une acquisition* ***possible*** *de cette clientèle.* » Nonobstant, les références plus récentes citées par P. Kileste et C. Staudt (« Examen de jurisprudence. Résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2011 à 2018) », *R.D.C.*, 2019/3, p. 383) indiquent que les juges vérifient concrètement la condition. Ils prennent notamment en compte les circonstances suivantes:
   - arrêt de toute distribution des produits concédés;
   - poursuite par le concessionnaire d'activités concurrentes;
   - importance d'un éventuel service après-vente;
   - communication effective des fichiers clientèle (ce que nous conseillons de prévoir expressément – la loi n'en dit rien – chaque fois qu'il y a paiement d'une indemnité de clientèle).

56. La seule *probabilité* de récupérer une importante clientèle représente déjà en soi un avantage *substantiel*. On voit ainsi comment le texte de la loi rejoindrait la jurisprudence citée à la note qui précède.

57. Voir *supra*, n° 18 et les références en note.

l'approuvons. Encore faut-il que cela se traduise dans les faits. Tel n'est pas le cas lorsqu'au moment de la rupture, le concessionnaire formule une demande impossible à réconcilier avec ses comptes[58] ou la valeur totale de son affaire[59]. Il faut se souvenir que, sur ses ventes, le concessionnaire a *déjà* été rémunéré (si elles étaient bonnes, elles auront peut-être justifié l'octroi de bonus ou de marges arrières). En équité, ne faut-il pas que l'indemnité de clientèle (dérogeant au droit commun) reste nécessairement un *accessoire* des bénéfices déjà tirés des achats et des reventes? C'est ce qu'elle est lorsque, conformément à la jurisprudence, elle correspond à un nombre limité de mois (entre 2 et 12) de bénéfice semi-brut[60]. Nous ne voyons pas ce qui ferait obstacle à la prévision d'un plafond analogue à celui qui est prévu en matière d'agence commerciale[61].

28. Les *usages* ont déjà fait l'objet d'une précédente analyse; nous y renvoyons le lecteur[62]. On se contentera de rappeler ici l'utilisation regrettable dans le texte de loi des mots *« le cas échéant »* qui suggèrent une référence *subsidiaire* aux usages alors que, selon nous, il faut plutôt y voir une référence aux usages *si et quand ils peuvent être établis* – la preuve en ce sens valant alors autant que l'équité qui doit guider le juge (équité et usages *établis* arrivent alors sur pied d'égalité). La modification légale que nous suggérons ci-dessous en tient compte.

29. Aux dispositions qui précèdent (extraites de l'actuel Livre X, Titre 3, CDE en matière de concession de vente), nous pensons qu'il faudrait ajouter quelques modalités calquées sur celles de l'article X.18, alinéa 5, 2°-3° et 6 applicable à l'agence commerciale:

– « *L'indemnité d'éviction n'est pas due:*

(...)

2° si l'agent a mis fin au contrat d'agence commerciale, à moins que cette cessation ne soit due à un motif [grave] imputable au commettant ou qui soit la conséquence de l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial en raison desquels la poursuite de ses activités ne peut raisonnablement plus être exigée de lui;

3° lorsque, selon un accord avec le commettant, l'agent commercial ou ses héritiers cèdent à un tiers les droits et obligations qu'ils détiennent en vertu du contrat d'agence commerciale. »

La légitimité de ces solutions est forte. Il n'y a pas de raison d'en limiter la portée à l'agent. Les appliquer expressément au concessionnaire contribuerait à la sécurité juridique. Exclure l'indemnité complémentaire lorsqu'avec l'accord du concédant le concessionnaire cède à un tiers son fonds de commerce, permet d'éviter que la même clientèle ne soit payée deux fois: une première fois par le cessionnaire du fonds de commerce (dont la clientèle est l'élément essentiel) et une seconde fois par le concédant en conséquence de l'éventuelle rupture du contrat de concession en amont ou en marge de la cession. Quant aux indemnités de dédits, il n'y en a en principe pas puisque qu'en application de la convention collective de travail 32*bis*[63], la reprise du fonds de commerce emporte la reprise du personnel.

– « *L'agent perd le droit à l'indemnité d'éviction s'il n'a pas notifié au commettant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat d'agence commerciale, qu'il veut faire valoir ses droits*. »

30. Le délai d'un an permet d'écarter l'insécurité juridique résultant de l'application du délai ordinaire de 10 ans pour

58. Exemple vécu: que penser de la demande où le concessionnaire exige en une fois plus que tout ce qu'il a gagné au cours des 10 années précédentes? La question est posée tout en étant conscient que *rémunération passée* et *valeur de clientèle* sont des notions qu'il faut aussi pouvoir dissocier. Dans le cas d'un concessionnaire qui, malgré ses bonnes ventes, est en perte (p. ex. parce qu'il ne parvient pas à compresser ses frais d'immeuble ou de personnel; il y a peut-être aussi des raisons fiscales …), un bénéfice d'exploitation nul ne signifie pas que sa clientèle ne vaut rien.

59. La plus-value de clientèle *indemnisable* en application de l'art. X.37 CDE est une partie de la clientèle du concessionnaire, qui elle-même est une partie de son fonds de commerce. La demande où le concessionnaire exige une indemnité de clientèle dont le montant est plus élevé que le prix qu'indiquent toutes les méthodes de valorisation de son fonds de commerce ne peut pas être fondée.

60. Ou bénéfice brut s'il n'est pas possible d'identifier des frais compressibles spécifiquement liés à la concession résiliée. Dans cette hypothèse, le bénéfice semi-brut égale le bénéfice brut. C'est en ce sens que nous comprenons l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2008 (Cass., 20 juin 2008, *R.D.C.*, 2009, p. 259, avec note P. HOLLANDER) ayant validé la méthode de calcul de l'indemnité de clientèle par référence au bénéfice brut du concessionnaire évincé, sans que cela n'interdise, au nom de l'équité, l'utilisation d'autres critères (en ce sens: P. KILESTE et C. STAUDT, « Examen de jurisprudence. Résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2011 à 2018) », *R.D.C.*, 2019/3, p. 383, n° 126). Avec A. Hansebout (« De vijftigjarige Alleenverkoopwet: een tandeloos oud vrouwtje of een dynamische jonge dame? », *R.W.*, 2011-2012, n° 9, p. 429, n° 30), il faut constater qu'il n'y a pas d'achat suivi de revente sans aucun frais (le bénéfice sur marge de tout revendeur est nécessairement semi-brut). Nous en déduisons que le bénéfice brut est une notion abstraite qui ne devrait en principe pas servir à mesurer un dommage concret.

61. L'art. X.18, al. 4, CDE prévoit en effet:
« *L'indemnité d'éviction ne peut dépasser le montant d'une année de rémunération, calculé d'après la moyenne des cinq dernières années, ou, si la durée du contrat d'agence commerciale est inférieure à cinq ans, d'après la moyenne des années précédentes*. »

62. Voir L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n^{os} 158-162 pour le préavis raisonnable et n° 231 pour l'indemnité de clientèle. Lorsque les contrats sont à durée déterminée, un système de renouvellement *annuel* (tacite ou non) y est souvent prévu. De nombreux secteurs fonctionnent avec des échéances *annuelles*. Dans de nombreux cas, les usages suggèrent, si le contrat est à durée *indéterminée*, un préavis raisonnable de 12 mois. Concernant la clientèle, constatons que les usages ne vont jamais dans le sens de son indemnisation volontaire par le concédant. Nous y voyons une raison supplémentaire de rester mesuré dans l'application des dispositions exceptionnelles de l'art. X.37 CDE.

63. Convention collective de travail n° 32*bis* du 7 juin 1985, conclue au sein du Conseil national du travail, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 25 juillet 1985 (*M.B.*, 9 août 1985).

les actions personnelles (art. 2262*bis*, § 1er, C. civ.). S'agissant de clientèle (toujours volatile) dont il faut vérifier la création, l'apport et ses suites, obliger que le litige éventuel soit rapidement porté à la connaissance du juge est indispensable.

31. ***De lege ferenda***. La synthèse des commentaires ci-dessus suggère un nouvel article X.37 CDE qui désormais serait rédigé comme suit:

« *Après la cessation du contrat de concession de vente*[64]*, le concessionnaire peut prétendre à une indemnité complémentaire équitable. Cette indemnité est évaluée, selon le cas, en fonction des éléments suivants:*

1° l'apport de nouveaux clients au concédant ou le développement sensible des affaires avec la clientèle existante, pour autant que cette activité puisse encore procurer[65] *des avantages substantiels au concédant.*

L'indemnité de clientèle ne peut dépasser le montant d'une année de bénéfice semi-brut, calculé d'après la moyenne des cinq dernières années, ou, si la durée du contrat de concession de vente est inférieure à cinq ans, d'après la moyenne des années précédentes[66]*.*

2°[67] *les indemnités de rupture*[68] *que le concessionnaire doit au personnel qu'il est dans l'obligation de licencier par suite de la résiliation de la concession de vente.*

L'indemnité complémentaire n'est pas due:

- *si le concessionnaire a mis fin au contrat de concession, à moins que cette cessation ne soit due à un motif grave imputable au concédant ou qui soit la conséquence de l'âge, l'infirmité ou la maladie du concessionnaire en raison desquels la poursuite de ses activités ne peut raisonnablement plus être exigée de lui;*
- *lorsque, selon un accord avec le concédant, le concessionnaire cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat de concession.*

Le concessionnaire perd le droit à l'indemnité complémentaire s'il n'a pas notifié au concédant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat de concession, qu'il veut faire valoir ses droits.

A défaut d'accord des parties, le juge statue en équité et tenant compte des usages[69]*.* »

32. Ne figure donc *pas* une disposition suivant laquelle l'indemnité complémentaire est écartée si le concédant a mis fin au contrat de concession en raison d'un motif grave imputable au concessionnaire. Nous avons expliqué ci-dessus pourquoi la solution consistant à sanctionner *d'office* de la perte du droit à indemnité de clientèle la rupture pour motif grave du concessionnaire pouvait se révéler problématique[70]. Nous pensons que, dans les faits, c'est l'appréciation la plus juste des conditions de l'indemnité de clientèle elles-mêmes qui contribuera aux solutions équitables:

- lorsque le motif grave exclut l'apport de nouveaux clients ou le développement sensible des affaires avec la clientèle existante (exemple: les objectifs de vente n'ont pas été atteints) ou compromet les avantages substantiels du concédant (exemples: le concessionnaire a porté atteinte à la marque, fautivement négligé son service après-vente ou développé des activités concurrentes en violation de son contrat), l'indemnité de clientèle est légitimement écartée;
- tel n'est pas le cas lorsque le motif grave est sans rapport avec elle (exemple: le contrat de concession a été résolu pour des factures du concédant impayées).

Nous sommes conscients que la possibilité du maintien de l'indemnité de clientèle malgré un motif grave ayant justifié une rupture immédiate est le point plus sensible de la réforme que nous proposons. Les concédants auront l'impression d'acheter « *un chat dans un sac* »: ils ne voudront y consentir que s'ils ont l'assurance (mais comment la leur donner?) que les juges procéderont effectivement à l'application rigoureuse des conditions de l'indemnité de clientèle qui seule justifie la nouvelle solution proposée.

33. Sous cette seule réserve, les vertus du nouvel article X.37 CDE que nous proposons peuvent être résumées comme suit:

- en augmentant les hypothèses dans lesquelles le concessionnaire de vente peut prétendre à une indemnité de clientèle, il supprime les discriminations juridiquement ou économiquement injustifiées (clause résolutoire expresse *v.* action en résolution judiciaire; contrat à durée déterminée *v.* contrat à durée indéterminée). En ne faisant pas *nécessairement* de toute faute grave du concessionnaire invoquée à l'appui d'une résolution immédiate un motif de supprimer son droit à indemnité

64. Les mots sont calqués sur les premiers mots de l'art. X.18 CDE: « *Après la cessation du contrat d'agence commerciale, (...)* ».

65. La formulation « *procure encore* » serait plus élégante que « *puisse encore procurer* ». En gardant la formulation actuelle de la loi sur l'agence commerciale, on préserve cependant l'idée selon laquelle la *probabilité* des avantages substantiels résultant de l'apport de la clientèle suffit pour justifier son indemnisation.

66. A l'art. 10 « Cliënteelvergoeding » de la proposition de loi qui clôture la thèse, P. Naeyaert (*Distributeurs en handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2012, p. 909) reprend lui aussi, pour tous les distributeurs concernés, l'idée d'une indemnité plafonnée à 12 mois de rémunération calculée sur la moyenne des 5 dernières années. Il fait cependant référence au bénéfice *brut* tandis que nous avons expliqué ci-dessus pourquoi c'est le bénéfice *semi-brut* qui devrait servir de point de départ.

67. Pour les raisons données *supra* en note 44, on supprime donc l'actuel point 2° qui prévoit l'indemnisation des « *frais que le concessionnaire a exposés en vue de l'exploitation de la concession de vente et qui profiteraient au concédant après l'expiration du contrat* ».

68. Le texte actuel utilise le mot « *dédits* ». Nous lui préférons un mot plus moderne et plus compréhensible.

69. Il est inutile d'écrire usages « *établis* ». Le juge ne statue en effet que sur ce qu'il constate ou sur ce qui lui est prouvé. Le mot va sans le dire.

70. Voir *supra*, n° 23.

de clientèle, il réduit les enjeux et les tensions de la rupture (immédiate, elle sera – pour chacun – déjà assez stressante comme cela);

– dans le même temps, le nouveau texte ramène le droit à indemnisation du concessionnaire à sa juste contrepartie économique: tout apport de clientèle[71] profitant effectivement au concédant est indemnisé[72], mais rien que cet apport[73]. Plus question que la fin du contrat se transforme en « *jackpot* » pour le concessionnaire résilié ou devoir d'indemnisation à fonds perdus pour le concédant[74]. Prévoir un plafond exprimé en bénéfice semi-brut[75] crée une sécurité juridique totalement absente du système actuel[76];

– le nouvel article aligne les sorts de l'agent et du concessionnaire résiliés[77]. Certes, ils ne prennent pas les mêmes risques, mais cela se retrouve dans leur rémunération. Cela se retrouvera donc aussi dans l'indemnité de clientèle dont elle sert de base de calcul[78]. La cohérence ainsi créée est bienvenue dans la perspective d'un nouveau droit belge de la distribution qui s'adresserait à tous[79].

34. Dans l'attente de la modification légale proposée ci-dessus, que faire? Sauf la tolérance exprimée par la jurisprudence en matière de résolution judiciaire, il ne sera pas possible d'exiger une indemnité de clientèle dans une hypothèse non prévue par l'article X.37 CDE[80]. Dans le cas contraire, les conditions et le montant de l'indemnité de clientèle seront appréciés à la lumière de la volumineuse jurisprudence qui depuis toujours anime le contentieux des concessions de vente. La Cour de cassation y a livré un travail remarquable: puissent les parties et, à défaut d'accord, les juges y trouver l'inspiration. Parce que la loi (déjà dans sa formulation actuelle) fait de l'*équité* son critère essentiel, rien ne fait obstacle à ce que *dès maintenant* les parties et les juges s'appuient sur les commentaires et suggestions ci-dessus:

– prise en compte de tout apport de clients (ou du développement sensible des affaires avec la clientèle existante) pour fonder un droit à indemnité de clientèle (même modeste), pour autant que cette activité puisse encore procurer des avantages substantiels au concédant (c.-à-d. vérifiables dans son chef: c'est ainsi que « *notable* » serait interprété);

– prise en compte plus rigoureuse des motifs de la rupture dans l'appréciation des conditions légales (souvent, même quand elle est assortie d'un préavis, la résiliation par le concédant indique tout de même que tout n'allait pas si bien …);

– prise en compte des usages dès qu'ils peuvent être établis[81];

– si le droit est reconnu: indemnité ne dépassant pas le montant d'une année de bénéfice semi-brut (ou bénéfice brut si aucun frais compressible lié à la concession ne peut être identifié), calculé d'après la moyenne des 5 dernières années (ou, si la durée du contrat de concession de vente est inférieure à 5 ans, d'après la moyenne des années précédentes).

---

71. Auquel on assimile le développement sensible des affaires avec la clientèle existante.
72. Même un petit apport justifie une petite indemnité.
73. En ce sens: G. STRAETMANS et D. MERTENS (eds.), *Actualia handelstussenpersonen*, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2006, p. 108, n° 45: « *De verwerving van clienteel is een economische realiteit en niet een juridische abstractie (...)* »
74. N'oublions pas le règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive n° 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (*J.O.*, L. 119, 4 mai 2016) (« *RGPD* »). Parce qu'il soumet à des conditions plus strictes que jamais le consentement des personnes et les droits d'utiliser et de transférer leurs données, la possibilité pour le concédant d'utiliser valablement le fichier client du concessionnaire est loin d'être garantie.
75. Sachant que dans les cas où il n'y a pas de frais compressibles spécifiquement liés au contrat résilié, le bénéfice semi-brut égale *de facto* le bénéfice brut (soit la différence entre les achats et les ventes des produits concernés).
76. Dans sa conclusion, A. Hansebout (« De vijftigjarige Alleenverkoopwet: een tandeloos oud vrouwtje of een dynamische jonge dame? », *R.W.*, 2011-2012, nr 9, p. 437, n° 68) insiste à diverses reprises sur l'insécurité juridique qui s'attache à toute application du Livre X, Titre 3: « *Het is in de praktijk immers onmogelijk om vooraf precies in te schatten welke opzeggingstermijn en welke bijkomende vergoeding de rechtbanken billijk zullen achten.* »
77. Au moment de rapprocher les textes, nous pensons que, chez l'agent, devrait par contre être envisagée la suppression des dispositions suivantes:
    – art. X.18, al. 2: « *Si le contrat d'agence commerciale prévoit une clause de non-concurrence, le commettant est réputé, sauf preuve contraire, recevoir des avantages substantiels*. » Nous ne sommes pas convaincus par la légitimité de cette présomption rendue inutile par le fait que la *probabilité* des avantages substantiels résultant de l'apport de la clientèle suffit pour justifier son indemnisation;
    – art. X.18, al. 3: « *Le montant de l'indemnité d'éviction est fixé en tenant compte tant de l'importance du développement des affaires que de l'apport de clientèle*. » En équité, cela va sans le dire: le texte n'apporte rien.
78. Comme aujourd'hui, l'indemnité de clientèle du concessionnaire restera généralement supérieure à celle de l'agent.
79. Nous reprenons ceci à propos du contrat de franchise examiné ci-après.
80. Revoir cependant nos commentaires *infra*, n^{os} 16 à 19 à propos des contrats à durée déterminée.
81. Concernant les usages, on rappellera ici les propos très pertinents du professeur C. DELFORGE, « Les conventions obligent (…) », *Droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2011, p. 79, n° 85 (ici souligné): « *(...) la loi autorise le juge à compléter le contrat par référence aux pratiques qui sont tout à la fois anciennes (ce qui atteste leur stabilité), constantes et actuelles (ce qui requiert, spécialement, l'absence de contradiction par d'autres pratiques érigées pour répondre aux mêmes besoins et intérêts) et généralement reconnues dans un milieu social ou professionnel donné. C'est aux juges du fond qu'il convient de le constater.*
    Sous ces conditions, les pratiques-usages ont (légalement) vocation à s'intégrer dans les conventions d'un même type, qui sont conclues entre les membres de la collectivité considérée dès lors que c'est avant tout à leurs besoins que leur édification progressive a prétendu répondre. ***Une telle incorporation œuvre, par ailleurs, par l'effet propre, et direct, de l'article 1135 [du Code civil] , sans qu'il soit, en outre requis de puiser une quelconque référence justificative dans une volonté, même présumée, des parties contractantes***. »

4. FRANCHISE

35. Rémunération. La loi du 19 décembre 2005 *relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial* (devenue le Livre X, Titre 2, CDE) avait été développée dans un souci de protection des franchisés. Devant la manière particulièrement large avec laquelle avait été définie la formule commerciale, la rémunération du fournisseur par le distributeur en contrepartie de l'accès à la formule commerciale (une rémunération « *de bas en haut* ») était devenue le principal critère d'application de la loi[82]. La suite n'allât pas sans mal tant il apparut rapidement que la question de la rémunération soulevait de nombreuses difficultés. Que penser de la rémunération stipulée non pas en contrepartie de l'octroi de la formule commerciale … mais juste après? De celle qui est payée non pas par le distributeur mais par un tiers (ex.: un fournisseur référencé)? De celle qui résulte de la conclusion d'un *autre* contrat en marge du contrat de partenariat (ex.: une différence de loyers entre bail principal et sous-location au partenaire)?

36. La Commission d'arbitrage chargée d'évaluer la loi et son application fut saisie de ces difficultés[83]. Tout cela déboucha sur la modification de 2014 où la rémunération fut sortie de la définition du champ d'application de la loi pour devenir une rubrique des informations juridiques importantes à dispenser. L'article X.28, § 1er, 1°, d), impose désormais la communication de « *la rémunération directe que devra payer la personne qui reçoit le droit à celle qui octroie le droit et le mode de calcul de la rémunération indirecte que percevra la personne qui octroie le droit et, le cas échéant, son mode de révision en cours de contrat et lors de son renouvellement* ». Le texte de 2014 reconnaît expressément que doivent être prises en compte tant la rémunération directe (« *que devra payer* … ») que la rémunération indirecte (« *que percevra* ... ») du fournisseur. Il admet que la rémunération indirecte ne doit pas faire l'objet d'une communication précise (cela n'est d'ailleurs pas toujours possible), l'information sur son « *mode de calcul* » étant suffisante.

37. Il y a peu de motifs d'être heureux du sort fait à la rémunération dans le Code de 2014. Sa suppression de la définition des accords de partenariat visés par le Livre X, Titre 2, CDE a donné au texte légal un périmètre inimaginable en 2005. Il est injustifié: quasiment tous les accords de partenariat sont désormais visés[84]. Pour les accords de partenariat qui l'étaient déjà en 2005, faire de la rémunération non pas un critère d'application de la loi mais une de ses informations impératives n'a pas seulement déplacé le problème: il l'a accentué. En effet:

– s'il faut communiquer tant sur la rémunération directe que sur l'indirecte, cela reste dans le cadre de l'article 28, § 1er, 1°, qui n'impose la communication des dispositions contractuelles importantes que « *pour autant qu'elles soient prévues dans l'accord de partenariat commercial* »[85]. Il faudrait en déduire qu'il ne faut *pas* informer sur la rémunération indirecte qui résulte de l'accord avec un tiers (bailleur, fournisseur faisant bénéficier d'une marge arrière, …). mais la rémunération *indirecte* n'est-elle pas *par définition* l'objet ou l'effet de l'accord *avec un tiers*? Prendra-t-on le risque de ne pas communiquer sur les rémunérations indirectes qui résultent des accords avec d'autres que le partenaire, alors que c'était précisément l'objectif de la modification de 2014 d'en imposer l'information (même limitée au « *mode de calcul* »)? Pour rappel, c'est de nullité que la loi sanctionne les informations juridiques manquantes. Mais comment annuler tout ou partie de l'accord *avec le tiers*?
– il ressort des travaux préparatoires que, par « *mode de calcul* » de la rémunération indirecte, il faut entendre la *manière* dont elle est perçue – la *source du revenu* – sans entrer dans le détail d'un montant déterminé ou déterminable. Aller plus loin irait à l'encontre du secret des affaires que la modification de 2014 a prétendu préserver[86]. Dans les faits, la nuance apparaît juridiquement subtile et commercialement délicate[87]: chaque silence alimentera la suspicion;
– concernant la rémunération (et il semble bien que cela vise tant la directe que l'indirecte), la loi impose d'informer le partenaire de « *le cas échéant, son mode de révision en cours de contrat et lors de son renouvellement* ». La difficulté est alors la suivante: soit le fournisseur informe d'une future révision et

82. Sur la loi, ses origines et son inspiration, voir: L. DU JARDIN, « Information précontractuelle et appréciation concrète du dommage né de la rupture du contrat de concession: Esprit es-tu là? », *D.A.O.R.*, 2006 / 79, pp. 213 à 226.

83. Commission d'arbitrage, avis n° 2001/06 du 27 janvier 2001 sur la notion de rémunération figurant à l'art. 2 de la loi, www.economie.fgov.be/fr/themes/ventes/contrats/franchise/avis-de-la-commission.

84. Voir nos critiques, *supra*, n° 1.

85. La Commission d'arbitrage le disait elle-même dans son avis sur la notion de rémunération où elle suggérait de supprimer la notion de rémunération de la définition du partenariat commercial: « *Enfin, ce n'est pas parce que le mot 'rémunération' devrait être supprimé à l'article 2 de la loi qu'il ne doit pas être mentionné et explicité dans le document d'information précontractuelle,* ***si une rémunération est prévue dans le contrat de partenariat commercial****.* » (ici souligné; avis n° 2011/06 du 27 janvier 2011).

86. *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, *exposé des motifs*, *Doc. parl.*, Chambre, n° 53-3280/001, p. 13: « *Dans la mesure où celui qui reçoit le droit ne doit pas payer directement une rémunération à celui qui octroie le droit, le montant de cette rémunération indirecte ne devra pas être mentionné. Ce montant relève du reste souvent du secret d'affaires. Mais la manière dont cette rémunération indirecte est versée à celui qui reçoit le droit, par exemple par un fournisseur, ou par le principe d'une marge sur les fournitures livrées par celui qui octroie le droit, ou par le principe d'une marge prélevée sur le loyer d'un local mis à la disposition de celui qui reçoit le droit, devront être indiqués.* »

87. Exemple: on écrira qu'il y a une marge arrière annuelle mais on ne dira pas qu'elle correspond à 3% du montant des achats hors TVA.

c'est à nouveau l'incertitude, soit il n'en dit rien (pour éviter d'effrayer son nouveau partenaire?) et c'est comme s'il y renonçait. Alors que le monde des affaires recherche l'agilité, le prescrit légal crée un important dilemme que les mots « *le cas échéant* » n'atténuent pas.

Comment communiquer sur les marges arrières des fournisseurs référencés dont on fait comprendre au partenaire qu'il n'en profitera pas (tout en lui cachant ce qu'il rate)? Où et comment communiquer sur la marge réalisée par le franchiseur entre loyer du bail principal et loyer de la sous-location dont bénéficie le franchisé en marge de son contrat de franchise? En tout état de cause: comment savoir ce que tout cela deviendra dans 3 ou 5 ans? A défaut: expliquer … qu'on n'en sait rien? Drôle de manières d'entamer un partenariat où la confiance est essentielle.

38. ***De lege ferenda***. Lorsqu'un propriétaire met en vente un immeuble, exige-t-on de lui qu'il informe les candidats acheteurs de ses coûts d'acquisition ou de rénovation afin de permettre l'identification de son bénéfice? Lorsqu'un locataire sous-loue à son tour, exige-t-on de lui qu'il communique sur la marge réalisée entre les loyers? Lorsqu'un fabricant confie à un distributeur la distribution de ses produits, exige-t-on de lui qu'il l'informe de son prix de revient? Lorsqu'un employeur engage, exige-t-on de lui qu'il communique sur les salaires du patron et des collègues? Très nombreux sont les exemples où, en matière d'argent, la société – et donc le droit – se contentent du non-dit: on sait qu'il y a bénéfice (on s'en doute nécessairement), mais on n'exige pas d'en savoir plus ou de dire combien. Le silence relève alors de la pudeur, de la négociation ou du risque, ce dernier étant alors rémunéré (en principe: plus il y a de risque, plus la rémunération est élevée). Ce n'est que dans des cas précis que le droit impose d'en dire plus[88].

En exigeant de communiquer sur la rémunération directe et indirecte du fournisseur, le législateur de 2014 mettait le doigt dans un périlleux engrenage:

- au moment de préparer et de signer son contrat de partenariat, ce qui importe pour le distributeur, c'est de savoir ce que *lui* gagnera dans l'aventure (pas ce que le fournisseur en retirera);
- en mettant l'accent sur toute rémunération du fournisseur (au lieu de s'inquiéter davantage sur le bénéfice attendu du distributeur), le législateur de 2014 prenait le mauvais angle et engageait le mauvais débat: les difficultés ci-dessus en rendent compte;
- elles apparaissent d'autant plus malheureuses qu'avant 2005, les exigences de la bonne foi (que la loi du 19 décembre 2005 était censée traduire et préciser) n'imposaient pas d'en dire autant sur la rémunération des concédants ou franchiseurs[89].

39. Sur cette question, abroger le Livre X, Titre 2, CDE comme déjà évoqué[90] aurait pour effet de restaurer une communication sur le bénéfice alignée sur ce que le monde des affaires accepte d'en dire généralement. Sans que la question des rémunérations soit confinée au tabou ou au mystère, de bonne foi, le fournisseur ne serait tenu de communiquer à ce sujet que:

- dans la mesure nécessaire au consentement du distributeur (dans le Livre X, Titre 2, CDE, cette mesure est manifestement dépassée[91]: ce qui importe pour le consentement du distributeur, c'est principalement son futur bénéfice à lui, pas celui de son fournisseur[92]);
- pour ce que le fournisseur lui-même sait ou peut prévoir (à l'impossible nul n'est tenu);
- sans suppression de l'inconnu, du risque et de la négociation (les trois sont liés) puisque sans eux, le monde des affaires ne se conçoit pas.

40. Dans l'attente d'une éventuelle modification légale, concédants et franchiseurs seront bien inspirés d'en rester à une stricte application du texte de l'article X.28, § 1er, 1°, d): seule la rémunération résultant de stipulations « *prévues dans l'accord de partenariat commercial* » sera mentionnée dans le dossier des articles X.28 ou X.29 CDE[93]. Dans tous

88. Voir ainsi notamment:
- les exigences de publicité des comptes annuels, lesquels ne concernent pas toutes les sociétés ni toutes les informations disponibles (art. 3:9 à 3:18 CSA du 23 mars 2019)
- leur renforcement en ce qui concerne les sociétés cotées, lesquelles doivent alors – mais *alors seulement* – communiquer sur les salaires des dirigeants (art. 3:6, § 3, CSA du 23 mars 2019)

89. Voir néanmoins Sent. arb. du 15 février 1994, n° 1985 du CEPANI, *J.T.*, 1995, p. 267 et obs. Ch. MATRAY. Dans cette décision, le tribunal arbitral a retenu la responsabilité d'un franchiseur qui s'était fait accorder des commissions à l'insu de son franchisé alors qu'il aurait dû l'en informer afin que la rémunération due au franchisé puisse être davantage négociée. La décision est ancienne et fort isolée.

90. Voir *supra*, nos 5 et s.

91. Pour rappel également, le Livre X, Titre 2, CDE ne dispense pas le partenaire de son obligation de s'informer. Dans son livre *L'information précontractuelle et la Commission d'arbitrage*, *Doss. J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 31, P. Demolin souligne que tel était déjà le cas suivant la jurisprudence en vigueur avant l'adoption de la loi du 19 décembre 2005: « *(...) le futur franchisé n'est pas traité comme un consommateur, mais comme un entrepreneur et, même s'il est profane, il n'en demeure pas moins qu'il a l'obligation de se renseigner sur sa prochaine activité en se faisant au besoin conseiller par un professionnel* ».

92. Si le distributeur s'enrichit et s'en satisfait (puisqu'il marque son accord sur le contrat de distribution qui lui est proposé), quel est le problème si le fournisseur s'enrichit plus encore?

93. *Contra*: P. Kileste et C. Staudt (*Contrat de franchise*, *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 80, n° 164) qui considèrent qu'il pourrait y avoir rémunération indirecte à mentionner dans des hypothèses excessivement détachées du texte légal, et notamment:
- « *obligation d'approvisionnement exclusif* » (?);
- « *participation aux campagnes de publicité ou à des formations* » (*sic*).

les cas, le secret des affaires sera respecté. Il justifiera la sobriété avec laquelle le « *mode de calcul* » d'une éventuelle rémunération indirecte sera expliqué. Concédants et franchiseurs seront tout autant inspirés dans la pédagogie à mettre en œuvre afin que le distributeur se persuade surtout de ce que *lui* gagne dans le partenariat qu'on lui propose, indépendamment de ce qu'y trouve le fournisseur. C'est bien à tort que l'actuel Livre X, Titre 2, CDE stigmatise la rémunération de ce dernier.

41. Indemnité de clientèle. Il y a plus de 30 ans, une controverse animait doctrine et jurisprudence: fallait-il appliquer la loi du 27 juillet 1961 *relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée* (aujourd'hui Livre X, Titre 3, CDE) aux contrats de franchise[94]? Elle se clôtura progressivement par une réponse généralement négative[95]: les spécificités du contrat de franchise sont telles qu'il ne peut être question d'appliquer par analogie à ce contrat innomé les dispositions impératives du Livre X, Titre 3, CDE qui ne concernent que le contrat de concession de vente exclusive (et les situations expressément assimilées à l'art. X.35). En 2020, on peut se réinterroger sur la légitimité de la réponse en ce sens:

– l'évolution du monde de la distribution est telle que l'*exclusivité* y apparaît de plus en plus comme un concept désuet[96] alors que la *sélectivité* en devient une notion centrale[97]. La concession de vente non exclusive mais sélective tombe dans le champ d'application du Livre X, Titre 3, CDE lorsqu'elle emporte des « *obligations importantes* » permettant l'assimilation de l'article X.35, 3°, CDE[98]. Si tout contrat sélectif n'est pas un contrat de franchise, il paraît évident que tout contrat de franchise est un contrat sélectif[99]. Lorsque les obligations qui en découlent sont « *importantes* » au sens de l'article X.35, 3°, CDE, on s'interroge sur la frontière à tenir encore entre concession de vente non exclusive mais sélective tombant dans le champ d'application du Livre X, Titre 3, CDE et franchise sélective laissée en dehors (même si elle est exclusive). Autrement formulé: alors que l'attention s'est déplacée vers la *sélectivité* et ses *obligations importantes*, la distinction entre les qualifications de *concession de vente* et de *franchise* reste-t-elle pertinente?

– l'expérience révèle que la clientèle est le plus souvent créée par la marque et fidélisée par le distributeur. Ceci vaut tant pour le concessionnaire que pour le franchisé. Dans le cas de ce dernier, le rôle joué par la marque, tel qu'il se manifeste dans le savoir-faire (et les droits intellectuels associés) que le franchisé est tenu de reprendre et de décliner, est plus important. Pas question cependant de prétendre que le franchisé n'aurait aucun rôle dans la création de la clientèle[100]. A partir du moment où on préconise l'approche la plus économique du droit à indemnité de clientèle[101], il faut s'interroger sur l'équité de la solution consistant à en écarter d'office le franchisé. Ne s'agit-il pas plutôt de constater que les caractéristiques du contrat de franchise justifient une application particulièrement rigou-

94. Voir en particulier l'article de P. Crahay ayant lancé le débat: « Le contrat de franchise de distribution et la loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente », *R.D.C.*, 1985, pp. 660 et s. Relire alors: J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 55-56; I. VEROUGSTRAETE, « Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchisage », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Ed. du Jeune barreau, 1990, pp. 181-182.

95. La jurisprudence en ce sens est restée rare et discrète. C'est précisément l'inapplication de la loi du 27 juillet 1961 au contrat de franchise qui justifia la volonté de le réglementer spécifiquement. Voir: proposition de loi du 30 octobre 2003 portant réglementation de l'accord de franchise, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, Doc. 51-0361/001; proposition de loi du 28 janvier 2004 relative à l'accord de franchise, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, Doc. 51-0747/001; proposition de loi du 17 mars 2004 réglementant la franchise en vue d'améliorer les pratiques commerciales dans ce secteur, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, Doc. 51-0924/001. Ces propositions ne pouvaient se comprendre que si la loi du 27 juillet 1961 est inapplicable au contrat de franchise. Certains ne se résignent pas: P. KILESTE et C. STAUDT, « De l'application de la loi du 27 juillet 1961 à un contrat de franchise ou les véhicules hybrides échappent-ils au Code de la route? », *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1013-1016; P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen* , Brugge, die Keure, 2012, pp. 100-103: « *Het gaat niet op om een concessie die aan de toepassingsvoorwaarden van de alleenverkoopwet voldoet, aan het toepassingsgebied van die dwingende wet te onttrekken wegens het feit dat die overeenkomst deel uimaakt van een ruimere contractverhouding, namelijk een franchising die op zich niet wettelijk geregeld is.* »

96. Comment la justifier dans un monde où:
   – le commerce électronique fait sauter les frontières et les territoires;
   – la pratique des « grands comptes » (où le fabricant négocie et conclut en direct avec les gros clients) devient fréquente?

97. C'est elle qui, par l'imposition des critères qualitatifs améliorant l'environnement du produit et le service au client, stimulera la *shopping experience* par laquelle les points de vente physique auront les arguments de résister aux ventes sur Internet. C'est elle aussi qui, par les garanties qu'elle offre, rassurera le client qui achète sur Internet.

98. Sur les liens pouvant et *devant même* être établis entre les obligations importantes de l'art. X.35, 3°, CDE et celles résultant d'une sélection qualitative, voir: L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 49 à 54.

99. Le franchiseur travaille en effet avec un nombre limité de franchisés choisis par lui. Comment diffuser et imposer le savoir-faire si ce n'est par le biais de standards qui, objectifs, nécessaires et proportionnés, ont toutes les caractéristiques de critères de sélection qualitative?

100. La preuve en est de ces franchisés qui, dans le même réseau, pour le même concept, les mêmes produits et des zones d'influence comparables, font d'excellents résultats alors que d'autres sont au bord de la faillite.

101. Tout apport de clientèle profitant au fournisseur est indemnisé, mais rien que cet apport. Voir *supra*, nos 25 et 26.

reuse des conditions du droit à indemnité de clientèle[102], sans l'exclure nécessairement[103]?

42. ***De lege ferenda***. Dans la perspective d'un droit de la distribution s'adressant à tous, le texte repris sous le n° 31 ci-dessus pourrait aussi et désormais concerner le contrat de franchise. Si le franchisé démontre une création de clientèle indépendante de celle résultant de la seule déclinaison du concept du franchiseur et qui, après la cessation du contrat, profite effectivement à ce dernier, pourquoi et comment en équité refuser qu'il en soit indemnisé? La question se pose aussi si le franchisé doit des indemnités au personnel qu'il est dans l'obligation de licencier par suite de la résiliation du contrat de franchise. Sur ce dernier point, force est de constater que, le plus souvent, la situation du franchisé est identique à celle du concessionnaire[104].

43. Dans l'attente d'une telle modification législative[105], il semble périlleux de raviver la controverse mentionnée ci-dessus en demandant devant un juge l'application par analogie du Livre X, Titre 3, CDE à la résiliation d'un contrat de franchise. L'application analogique d'une loi impérative ne se conçoit pas. Deux axes de travail et de réflexion se profilent néanmoins pour les plaideurs créatifs:

– s'il apparaît que le savoir-faire du franchiseur n'est que du vent (une partie du contentieux des contrats de franchise vient de là), le franchisé peut tenter la requalification de son contrat en (simple) concession de vente dont la résiliation est alors soumise au Livre X, Titre 3, CDE si les autres conditions légales sont réunies;
– si la résiliation du contrat de franchise par le franchiseur est fautive (ex.: le préavis notifié pour la résiliation du contrat de franchise à durée indéterminée est manifestement déraisonnable, la faute grave invoquée à l'appui de sa rupture immédiate n'est pas établie), le franchisé peut tenter de démontrer que la perte de sa clientèle est un préjudice[106] en relation causale avec la faute du franchiseur, justifiant une obligation de réparation en application du droit commun. Dans cette hypothèse, il faut établir que toutes les conditions d'une responsabilité contractuelle sont rencontrées[107].

5. CONCLUSION

44. Pour les fournisseurs, la Belgique n'est pas un pays facile: le marché est petit et tout doit y être fait dans les deux langues. Depuis 1961, la protection exorbitante du concessionnaire de vente y a des allures de *poison pill*, désormais bien connue à l'étranger. Pour les investisseurs, l'effet dissuasif du droit belge se sera accentué avec la loi *relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial* qui, depuis 2005 (et plus encore

102. Compte tenu du rôle central joué par le concept de la franchise (et les droits intellectuels associé) dans la création de clientèle, le franchisé ne pourra se contenter de laisser présumer son apport: la preuve à sa charge sera plus lourde que celle d'un concessionnaire. En même temps, par le fait même de la franchise, l'avantage substantiel tiré de la seule *probabilité* de l'acquisition de la clientèle pourra aussi être plus facilement constaté dans le chef du franchiseur, sans exclure cependant le fait que, dans certains cas, la clientèle pourrait être devenue une valeur incorporelle attachée au franchisé indépendamment de la marque qu'il représente.

103. Au moment de promouvoir l'application du Livre X, Titre 3, CDE au contrat de franchise, P. Kileste et C. Staudt (*Contrat de franchise*, *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 129, n° 264) reconnaissent déjà la nécessité d'une application spécifique (ici souligné): « *Le tribunal saisi d'un litige relatif à la résiliation unilatérale d'un contrat de franchise de distribution pourrait donc* ***modérer sa décision*** *à la hausse (sic) ou à la baisse, selon les cas,* ***pour tenir compte de la spécificité du contrat de franchise*** *par rapport à une concession de vente 'pure et simple'*. »

104. A l'art. 10 « Cliënteelvergoeding » de la proposition de loi qui clôture la thèse, P. Naeyaert (*Distributeurs en handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2012, p. 909) ne fait aucune distinction entre le concessionnaire de vente et le franchisé.

105. Elle serait une petite révolution. Après avoir rappelé les éléments de la controverse, P. Naeyaert (*Distributeurs en handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2012, pp. 100-103) plaide en faveur d'une application du Livre X, Titre 3 aux contrats de franchise. Aux pp. 565-571, il mentionne, dans le cadre d'une analyse de droit comparé, les tentatives française, hollandaise, allemande et suisse, d'indemniser le concessionnaire de son apport de clientèle, le plus souvent sur le fondement d'une analogie avec les droits de l'agent commercial. Nous y voyons un motif supplémentaire de réfléchir, comme P. Naeyaert, sur un même droit de la distribution s'adressant à tous.

106. Rappelons que le fondement de l'indemnité de clientèle (réparation d'un préjudice passé *v.* compensation d'un bénéfice futur) fait l'objet d'une longue discussion. Voir déjà en 2000 la thèse de Ph. GRIGNON, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires de commerce*, Paris, Litec, 2000, 306 p. Voir égal. P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2012, pp. 578-581 et les références citées. Deux arguments nous font pencher en faveur de la conception *réparatrice* de l'indemnité de clientèle:
   – le texte de l'art. X.19 en matière d'agence commerciale (ici souligné): « *Pour autant que l'agent commercial ait droit à l'indemnité d'éviction visée à l'article X.18 et que le montant de cette indemnité* ***ne couvre pas l'intégralité du préjudice réellement subi****, l'agent commercial peut, mais à charge de prouver l'étendue du préjudice allégué, obtenir en plus de cette indemnité, des dommages-intérêts à concurrence de* ***la différence entre le montant du préjudice réellement subi et celui de cette indemnité***. »;
   – le Code de la TVA qui ne prétend pas soumettre à la TVA le montant d'une indemnité de clientèle ou d'éviction. Si elle était la contrepartie d'un apport de *goodwill*, il le faudrait pourtant en application de son art. 2: « *Sont soumises à la taxe (...) les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel*. » La non-application de la TVA ne peut s'expliquer que si l'indemnité de clientèle ou d'éviction est la réparation d'un dommage.

107. Cela signifie qu'aucune indemnisation de clientèle n'est possible en l'absence de faute du franchiseur. Il n'y a pas de faute si le préavis qui précède la résiliation du contrat de franchise à durée indéterminée est suffisant, ou si la faute invoquée à l'appui de sa résolution immédiate est établie. De même, la mise en œuvre de l'éventuelle responsabilité contractuelle suppose encore que, par son attitude, le franchisé n'a pas rompu le lien de causalité entre la faute et le dommage qu'il aura pu démontrer. Sur ces questions générales, voir P. WERY, « Sous-section 2. Les autres conditions de la responsabilité contractuelle: le dommage et le lien causal », *in Droit des obligations*, I, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 532-538.

depuis 2014), fait peser de lourdes contraintes et menaces sur la plupart des contrats de distribution conclus avec un partenaire exerçant principalement ses activités en Belgique. Les obligations précontractuelles mises en place, les sanctions qui leur sont prévues et les délais dans lesquels elles peuvent être actionnées (la nullité d'une clause particulière peut ainsi être réclamée jusqu'à 10 ans après le début des relations contractuelles) sont tels qu'il n'est probablement pas exagéré de dire qu'ainsi conçu, le droit belge de la distribution devient un frein à l'entreprise, à l'investissement et au partenariat[108].

La constatation est regrettable à l'heure où le monde de la distribution est confronté à un nouveau défi: celui du commerce électronique qui, chaque année, prend des parts de marché[109] et convainc la plupart des marques d'élaborer de nouvelles stratégies de distribution reposant notamment sur la réduction du nombre de partenaires. Ceux qui restent sont invités à renforcer l'environnement du produit et le service au client (c'est là que la distribution sélective prend toute sa pertinence) en appui d'une distribution dont l'avenir ne peut être que multicanal. Ce qu'il faut, c'est un cadre propice à la nécessaire complémentarité à organiser entre ventes physiques[110] et commerce électronique[111]. On rêve alors d'un droit de la distribution qui:

- réserve expressément la possibilité de contrats *non écrits*, sans que cela ne se traduise par une trop forte réduction de la protection contractuelle des partenaires (l'obligation de bonne foi du droit commun s'applique à la négociation, l'exécution et la résiliation du contrat non écrit);
- lorsque les partenaires souhaitent un contrat écrit, ne transforme pas la signature de ce dernier en parcours du combattant;
- préserve la souplesse sans laquelle aucune stratégie de distribution ne se conçoit (des modalités de résiliation trop sévères ou imprévisibles dissuadent de nouer de nouveaux partenariats[112]);
- encourage l'investissement, et en particulier celui du partenaire prêt encore à s'engager dans le commerce physique et qui, quel que soit son statut (agent mandataire ou commissionnaire, concessionnaire à durée déterminée ou indéterminée, franchisé), doit pouvoir compter sur la juste contrepartie de ses efforts et de ses risques (cela suppose que toute création de clientèle profitant au fournisseur soit compensée dans sa mesure économiquement justifiée).

Telle n'est *pas* la direction prise par le droit belge de la distribution qui, depuis 25 ans, n'a pas remis en question des textes datant de 1995 (agence) et de 1961 (concession: c'était il y a 59 ans), tout en se fourvoyant à répétition dans les méandres d'un formalisme précontractuel toujours plus décalé au regard du développement de l'Internet.

Désormais, il faut aussi redouter la collision qui s'annonce entre le Livre X, Titre 2, CDE relatif *à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial* et la loi du 4 avril 2019 *modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises*. Ne faut-il pas craindre qu'après avoir reçu un volumineux dossier d'information précontractuelle et une période de réflexion d'un mois, un concessionnaire ou un franchisé ne se voit limité dans la possibilité d'invoquer le caractère abusif d'une clause? Et ce même si dans les faits ni le dossier, ni la période d'attente ne lui auront permis de discuter, et encore moins d'amender le contrat standard auquel il était invité à adhérer? C'est un comble de craindre alors que la protection du Livre X, Titre 2, CDE ne vienne contrecarrer celle que la loi du 4 avril 2019 est censée apporter. Dans ce nouveau contexte, il faut sérieusement reconsidérer l'existence-même du Livre X, Titre 2, CDE dont il a été démontré ci-dessus qu'il crée au moins autant de problèmes qu'il apporte de solutions.

C'est dans le sens de la plus grande cohérence (telle qu'elle facilitera aussi la complémentarité entre ventes physiques et commerce électronique) que vont tous les commentaires que nous avons rassemblés ci-dessus. Puisse le législateur y chercher l'inspiration. Dans l'attente (« *En attendant*

108. Très opportunément, A. Hansebout (« De vijftigjarige Alleenverkoopwet: een tandeloos oud vrouwtje of een dynamische jonge dame? », *R.W.*, 2011-2012, n° 9, p. 438, n° 74) fait également de l'attractivité du droit belge – ou pas – un point de sa conclusion. Il constate que l'intention de la loi de 1961 (protéger les distributeurs belges des grands fabricants étrangers) s'est de toute manière perdue dans la possibilité, consacrée par les règlements européens, de désigner un juge et un droit étrangers (« *(...) de Alleenverkoopwet haar tanden verloren is in de loop van de voorbije 50 jaar en geen adequate bescherming voor de concessiehouders meer inhoudt* »). Ramener le Livre X, Titre 3, dans plus de raisonnable et de prévisible serait une manière d'augmenter les chances que le juge et le droit belges soient à nouveau plus souvent désignés.

109. Selon une Enquête TIC ménages et individus (2018) du SPF Economie (DG Statistique), 67% des internautes (individus de 16 à 74 ans ayant utilisé Internet au cours des 12 derniers mois) établis en Belgique ont commandé des biens ou services sur Internet en 2018. Il est certain que la crise du COVID-19 aura donné un formidable coup d'accélérateur à cette évolution.

110. Il y en aura toujours car:
- certains produits ne sont vendus (en tout cas la première fois) qu'après avoir été vus, touchés ou sentis;
- le conseil, le service ou la *shopping experience* sur Internet ne peuvent jamais atteindre le niveau du point de vente physique;
- dans de nombreux secteurs, l'après-vente nécessite un réseau de partenaires physiques.

111. Son développement est inéluctable:
- la clientèle déjà conquise est tentée d'y chercher le meilleur prix (l'erreur serait de croire que cela ne concerne pas les produits de valeur élevée: au contraire, voilà un motif supplémentaire de chercher la meilleure remise);
- les marques, en vendant directement au client, y trouvent le moyen d'encaisser, *elles*, la marge précédemment perçue par le distributeur.

112. On trouve une réflexion analogue en droit du travail où il faut trouver le juste équilibre entre modalités de rupture (la protection du travailleur) et stimulations à l'embauche.

Godot »*?*), pourvu que les praticiens du droit (juristes d'entreprise, avocats et magistrats) y trouvent les moyens d'élaborer des solutions rencontrant les nouveaux défis. Des solutions plus conformes au principe d'une infatigable équité que, comme nous, le Livre X, Titre 3, CDE *relatif à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée* place en son cœur.