

# RAPPORT D'EVALUATION DE LA COMMISSION D'ARBITRAGE

**Loi du 19 décembre 2005  
relative à l'information précontractuelle  
dans le cadre d'accords de partenariat commercial  
(modifiée par la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses)**

---

## 1 Introduction

La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, telle que modifiée ultérieurement (ci-après la loi), est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2006. Cette date d'entrée en vigueur a été fixée par l'arrêté royal du 12 janvier 2006.

L'article 10 de la loi prévoit la création de la Commission d'arbitrage qui a pour mission légale de rédiger, à l'attention de la Chambre des Représentants, un rapport d'évaluation sur les conséquences de l'introduction des nouvelles dispositions légales.

La Commission a été créée par l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> juillet 2006 et ses membres ont été désignés par arrêté ministériel du 4 juillet 2006. Ces arrêtés ont été publiés au Moniteur belge du 24 juillet 2006.

Dès que les arrêtés précités ont été signés, les contacts nécessaires ont été noués afin de pouvoir installer rapidement cette nouvelle Commission. La réunion d'installation a ainsi pu avoir lieu le 26 juillet 2006. Lors de cette première réunion, les membres ont désigné leur président et le règlement d'ordre intérieur a été adopté. De cette manière, tout de suite après la période de vacances, la Commission a pu entamer le contenu de sa mission.

## 2 Contenu de la mission

Le législateur a chargé la Commission d'arbitrage de rédiger un rapport d'évaluation. L'article 10 de la loi stipule à ce sujet :

*« Cette Commission soumet également avant le 1<sup>er</sup> septembre 2006 un rapport d'évaluation à la Chambre des représentants. »*

*Dans le rapport, il sera tenu compte de l'alinéa 3. »*

Le troisième alinéa auquel il est fait référence stipule:

*« Cette évaluation porte au moins sur les points suivants:*

- a) la mesure dans laquelle l'information précontractuelle contribue à l'entièreté, la clarté et l'équilibre des accords de partenariat commercial;*
- b) la présence dans les contrats de dispositions occasionnant un déséquilibre manifeste entre les parties, entre autres les clauses de non- concurrence et celles en matière de détermination de la valeur en cas de rachat, les conditions de résiliation et de clôture du contrat et les obligations de résultat. »*

Ensuite, l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> juillet 2006 prévoit à son article 2 :

*« La Commission d'arbitrage émet des avis sur l'interprétation et l'application de la loi. »*

### **3 Délais – Modifications et répercussions**

La Commission d'arbitrage estime qu'il est préalablement utile d'examiner la genèse de la loi.

Conformément au projet de loi initial adopté par le Gouvernement et ensuite introduit par la Ministre des Classes moyennes (et le Ministre de l'Economie) à la Chambre des Représentants, le 22 mars 2005, cette loi entrerait en vigueur le premier jour du sixième mois suivant sa publication.

Via des amendements, prévoyant notamment la création de la Commission d'arbitrage et la rédaction du présent rapport d'évaluation, une date fixe d'entrée en vigueur a également été décidée, à savoir le 1<sup>er</sup> septembre 2005. Lors de l'adoption du texte de loi par la Chambre des Représentants, il était toutefois déjà clair qu'il serait impossible de respecter ce délai : en raison des vacances parlementaires proches, le délai d'évocation a couru jusqu'après la date d'entrée en vigueur prévue. Ensuite, le Sénat a également décidé de lancer la procédure d'évocation, mais finalement le débat sur le fond n'a pas été entamé.

Ainsi, les entreprises visées auraient été soumises à une série de nouvelles obligations, bien avant que le texte ne soit devenu effectivement une loi. Cette constatation amène la Commission à souligner que d'après elle la rétroactivité ne va de pair avec une saine gestion.

Finalement, ce vice a été résolu par la modification de la loi, réalisée par la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses et qui habilite le Roi à fixer la date d'entrée en vigueur de cette nouvelle législation. Notons également que cette modification de loi a même été publiée avant que la loi modifiée elle-même ne soit reprise au Moniteur belge.

-De cette manière, l'entrée en vigueur de la loi a été reportée au 1<sup>er</sup> février 2006. La Commission déplore toutefois que ce report de date n'ait pas entraîné un même report de la date à laquelle elle devait finaliser son rapport. Comme la Commission d'arbitrage n'a été créée qu'en juillet 2006, elle était dans l'impossibilité matérielle de s'acquitter de sa tâche pour la date prévue du 1<sup>er</sup> septembre 2006.

Même si la Commission avait pu entamer effectivement ses activités plus tôt, elle estime que le souhait du Parlement n'aurait pu être exaucé que dans une mesure limitée. On peut dire que, même si certains tant au sein qu'en dehors de l'assemblée législative estiment que les interventions légales sur le seul plan de la phase précontractuelle sont insuffisantes, les dispositions de cette loi ont des conséquences importantes pour les entreprises qui sont soumises à des nouvelles règles depuis le 1<sup>er</sup> février 2006. La Commission estime que les répercussions sont de telle nature qu'il faudra du temps avant que les nouvelles obligations ne soient entièrement intégrées auprès des acteurs économiques concernés. Ceci est d'autant plus vrai que, peu après l'adoption de la loi, une controverse est née dans la doctrine sur son champ d'application. Sous le point 4.2.1.C. on y reviendra en détail.

Peu après sa création, la Commission a fait savoir, par lettre du 6 septembre 2006, adressée au Président de la Chambre des Représentants, qu'un rapport ne pourrait être transmis dans le délai fixé.

La Commission estime pouvoir conclure que, malgré les divers commentaires formulés sur le sujet et les journées d'étude, colloques et journées d'information organisés par bon nombre d'organisations, la loi est encore trop peu connue, ce qui pourrait également donner une indication sur les lourdes conséquences que la loi entraîne pour les entreprises qui octroient le droit d'utilisation d'une formule commerciale.

Pour la facilité, nous parlerons, dans la suite de ce rapport, des personnes recevant le droit et des personnes octroyant le droit pour désigner respectivement les personnes qui obtiennent les droits définis dans la loi et celles qui octroient de tels droits.

## **4 Exécution de la mission légale**

### **4.1 Mesures à court terme**

La Commission a jugé qu'il était utile, dans le cadre de la rédaction de son rapport d'évaluation, d'examiner d'abord à court terme si la législation promulguée ne présente pas d'obstacles technico-juridiques empêchant son application effective. Autrement dit, des "réparations" sont-elles nécessaires à court terme pour que la loi entre en vigueur?

La Commission en est arrivée à la conclusion que des ajustements à court terme n'étaient pas indispensables, même si une série d'imperfections peuvent être signalées.

### **4.2 Analyse plus approfondie de la législation**

En même temps, les membres de la Commission ont examiné les thèmes et les sujets devant figurer dans le rapport d'évaluation, car ils sont particulièrement important selon eux.

La Commission a retenu les thèmes suivants.

#### **4.2.1 Connaissance de la loi**

Ci-avant, la faible connaissance de la loi a déjà été signalée. La FEB, qui siège à la Commission d'arbitrage en tant qu'un des représentants des personnes octroyant le droit, a fait réaliser une enquête auprès de 200 entreprises belges<sup>1</sup> sur leur connaissance de la loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, son application et son évaluation. Il ressort de cette enquête que seul un peu plus d'une sur trois des entreprises interrogées connaît cette loi.

Comme on peut s'y attendre, le degré de connaissance par les grandes entreprises est plus élevé : 72 % dans les entreprises occupant plus de 500 travailleurs et 58 % dans les entreprises réalisant plus de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires. Il est aussi frappant qu'avec 51 %, les entreprises bruxelloises réalisent un résultat plus élevé que la moyenne. Même si ces pourcentages sont nettement au-dessus de la moyenne, il faut toujours souligner qu'une partie importante des entreprises ignore la loi.

#### **4.2.2 Interprétation de la loi**

En application de l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> juillet 2006, la Commission a jugé utile de décrire et de définir plus précisément certaines notions de la loi du 19 décembre 2005, vu les différentes interprétations divergentes déjà rencontrées dans la doctrine sur le champ d'application et la portée de la loi.

---

<sup>1</sup> Ont été interrogées des entreprises établies en Belgique, membres de plusieurs fédérations sectorielles de la FEB (Agoria, Assuralia, Creamoda, Febelfin, Febiac, Fedis) et de la Fédération belge de la Franchise, qui concluent des accords de partenariat commercial en tant que personnes octroyant le droit.

Après concertation et délibération de ses membres, la Commission est actuellement en mesure de définir comme suit les notions suivantes reprises à l'article 2 de la loi.

#### A. La notion de "accord de partenariat"

Selon la loi, un accord de partenariat est « un accord par lequel la personne qui octroie le droit met à la disposition de la personne qui reçoit le droit, en contrepartie d'une rémunération, de quelque nature que ce soit, directe ou indirecte, l'utilisation d'une formule commerciale dans le cadre de la vente de produits ou de la fourniture de services. ».

Selon l'avis de la Commission d'arbitrage, il s'agit donc d'un accord d'une certaine durée, avec un caractère permanent et non pas d'une succession de transactions isolées. Cela correspond à la doctrine et la jurisprudence constante concernant la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, selon lesquelles cette loi n'est également d'application que s'il existe une permanence minimale des relations commerciales, le concessionnaire disposant de "droits spéciaux" et une pure succession d'opérations achat-vente étant exclue. Un contrat cadre est donc nécessaire.

#### B. La notion de "formule commerciale":

La Commission est d'avis qu'il est uniquement question de formule commerciale lorsque l'utilisation d'un "**concept**" d'**exploitation commerciale** est proposée, selon une série de normes d'exploitation commerciale, sous une ou plusieurs des formes suivantes:

- soit une enseigne commune,
- soit un nom commercial commun,
- soit un transfert de savoir-faire,
- soit une assistance commerciale ou technique à caractère permanent.

#### C. La notion "en son propre nom et pour son propre compte"

Comme il a déjà été indiqué, une controverse est très rapidement apparue dans la doctrine sur le champ d'application de la loi. Cette controverse est même née avant que la loi n'entre en vigueur. Il s'agit en particulier de l'interprétation des mots « en son propre nom et pour son propre compte », repris à l'article 2 de la loi.

Une partie de la doctrine adopte un point de vue pouvant être considéré comme "restrictif", en ce sens que les accords de partenariat par lesquels la personne recevant le droit n'agit pas en son propre nom et pour son propre compte lors de l'exécution du contrat, ne relèvent pas de la loi.

C'est le cas pour l'agence commerciale, le contrat de commission, le courtage et le mandat. Pour ces derniers contrats, la partie contractante agit en son propre nom ou non mais toujours pour le compte de son mandant.

En résumé, ce point de vue veut que la condition d'indépendance soit non seulement satisfaite lors de la négociation au cours de la phase précontractuelle, mais aussi une fois que le contrat est signé. La condition d'agir en son propre nom et pour son propre compte doit être évaluée dans le rapport entre la personne qui reçoit le droit et les tiers dans le cadre de l'exécution même du contrat.

D'autres auteurs sont d'un point de vue différent pouvant être qualifié "d'extensif", lequel s'inscrit dans le cadre de la dynamique de la loi, à savoir le règlement de la phase précontractuelle. La condition d'agir en son propre nom et pour son propre compte doit, selon eux seulement être examinée au stade précédant la conclusion du contrat. Selon eux, cela correspond aussi à l'intention du législateur de mettre en œuvre une application large, comme cela ressort des documents parlementaires. Le fait que l'indépendance de la personne qui recevant le droit, disparaît entièrement ou en partie après la conclusion du contrat, ne change plus rien en la matière.

Une majorité des membres de la Commission estiment que le point de vue “restrictif”, c'est-à-dire rendre la loi applicable à tous les accords de partenariat commercial et dans l'intérêt de la personne recevant le droit, qui est en effet considérée par la loi comme la partie faible, va à l'encontre de l'esprit du législateur. Tout point de vue ou interprétation qui reviendrait à limiter les droits de la partie faible, entre autres en appliquant la loi de manière restrictive, doit dès lors être rejeté.

Les représentants des personnes octroyant le droit se distancient de la vision de la majorité des membres. Ils font remarquer que, lors de l'élaboration de la législation, le contrat de franchise a à vrai dire toujours été la référence, l'objectif étant d'assurer au franchisé un plus haut niveau de protection par l'encadrement légal de la phase précontractuelle. En décrivant la formule commerciale sur base de quatre conditions non-cumulatives, le champ d'application est déjà nettement plus large que le seul contrat de franchise. Cela a été fait expressément pour éviter que le franchiseur ne puisse contourner trop facilement les nouvelles exigences légales. Etendre encore plus le champ d'application aux contrats par lesquels la personne recevant le droit n'agit pas en son propre nom et pour son propre compte dans l'exécution du contrat aurait pour conséquence de faire entrer dans le champ d'application de la loi, des formes très divergentes d'accords de partenariat commercial pouvant se situer bien loin du contrat de franchise qui a néanmoins toujours été la référence lors de l'élaboration de la loi. A ce moment, l'équilibre visé par la loi entre le risque que prend la personne recevant le droit et l'importante obligation d'information, accompagnée de lourdes sanctions, est entièrement perdu.

De manière générale, la Commission d'arbitrage veut rappeler les lourdes sanctions infligées par la loi en cas de non-respect des obligations dans la phase précontractuelle.

#### D. La notion de “rémunération”

On ne peut pas nier que l'intention du législateur a été de donner le sens le plus large possible à la notion de “rémunération” pour ainsi viser en particulier les systèmes de rémunération où cette rémunération consiste exclusivement en une marge bénéficiaire ou une commission, à l'exclusion de toute autre forme de contribution ou de royalties. A titre d'exemple il peut être fait référence aux travaux parlementaires<sup>2</sup> : le prélèvement direct ou indirect sur la marge commerciale.

Cette extension de la notion de rémunération a pour conséquence de faire entrer, dans le champ d'application de la loi, des formes très divergentes d'accords de partenariat commercial pouvant se situer bien loin du contrat de franchise qui a néanmoins toujours été la référence lors de l'élaboration de la loi.

La Commission souligne que l'extension de la notion de “rémunération” ne peut pas cacher la référence fondamentale à la notion de “ formule commerciale”, telle que définie au point B.

La rémunération directe ou indirecte, de quelque nature qu'elle soit, payée par la personne recevant le droit à la personne octroyant le droit devra nécessairement s'inscrire dans une formule commerciale impliquant d'une part, un concept d'exploitation et d'autre part, un ensemble de normes d'exploitation se concrétisant sous une des formes énumérées dans la loi.

### 4.2.3 Règlement des litiges

Le projet de loi initial déposé au Parlement n'avait pas prévu une évaluation expresse de la loi. Via un amendement, l'article 10 de la loi a été sensiblement adapté. Cet article prévoit la création d'une “Commission d'arbitrage” chargée d'élaborer un rapport d'évaluation à soumettre à la Chambre des Représentants. En outre, la Commission peut fournir des avis sur l'application et l'interprétation de la loi. Il est toutefois stipulé très clairement qu'elle ne peut pas émettre d'avis dans le cadre de litiges.

---

<sup>2</sup> Amendement n° 11.

Dans un tel contexte réglementaire, le nom de la Commission est plutôt mal choisi et contribue à créer de la confusion et des attentes non satisfaites auprès des acteurs économiques.

Les membres de la Commission d'arbitrage, et en particulier, les représentants tant des personnes octroyant le droit que des personnes recevant le droit sont partisans de formes alternatives de règlement des litiges. ADR est stimulé par l'Union européenne et dans notre pays aussi, il a pris de l'importance sous diverses formes. Les représentants de personnes octroyant le droit estiment toutefois que la médiation est plus adaptée dans le cadre d'accords de partenariat commercial.

Les représentants des personnes qui octroient le droit trouvent qu'il est en ce moment prématuré de plaider expressément pour la création d'une nouvelle instance, puisqu'il existe déjà plusieurs initiatives: par exemple dans le cadre du Cepani qui dispose de procédures claires et de la FBF qui est en train de travailler à la création d'une commission de litiges. Ces initiatives ne sont pas suffisamment connues à ce jour.

A ce sujet, ils estiment en tout cas que, ni la Commission d'arbitrage créée à la suite de la loi du 19 décembre 2005, ni ses membres n'ont un rôle à jouer dans la résolution de conflits concrets.

Les représentants des personnes recevant le droit font remarquer que, lors des discussions parlementaires<sup>3</sup>, tant les auteurs de la loi que les parlementaires ayant approuvé la loi ont clairement indiqué que la Commission d'arbitrage pourrait s'occuper de règlement des litiges. La Commission d'arbitrage fonctionnerait ainsi comme lieu de rencontre où des litiges peuvent être résolus, mais uniquement à la demande expresse des deux parties. En revanche, l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> juillet 2006 créant la Commission d'arbitrage prévue par la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial exclut le traitement des litiges entre parties de la compétence de la Commission d'arbitrage.

Les représentants des personnes recevant le droit sont convaincus que l'existence d'une instance officielle pouvant intervenir comme médiateur de litiges peut constituer un complément utile et sensé à la loi et contribuer à la réalisation effective de l'objectif de la loi, à savoir la protection particulière de la personne recevant le droit. Une commission de litiges peut être une garantie d'équilibre dans les accords de partenariat commercial.

#### 4.2.4 Champ d'application de la loi

##### A. Principes

Il y a unanimité auprès des membres de la Commission pour constater que toute forme d'accord de partenariat commercial peut relever en principe du champ d'application de la loi, dès lors que l'accord répond à *toutes* les exigences de la loi, c'est-à-dire:

- un *accord de partenariat commercial*,
- entre *deux parties indépendantes*,
- avec le droit d'utiliser une *formule commerciale*,
- moyennant une *rémunération*.

Cela implique que l'on doit examiner soigneusement "*au cas par cas*" si l'accord de partenariat commercial répond à **toutes** les exigences de la loi (ce qui peut donc conduire à la conclusion que certains accord tombent dans le champ d'application de la loi et d'autres *pas*). Il doit dès lors être clair que la loi peut s'appliquer dans tous les secteurs économiques.

On peut conclure avec certitude des discussions parlementaires que la loi visait beaucoup plus que le "vrai" contrat de franchise et voulait éviter, par une description propre de la notion, que la loi puisse être facilement contournée.

---

<sup>3</sup> *Documents parlementaires*, Chambre 2005-06, 1687/5, p. 76

La Commission estime qu'il faut toujours vérifier dans les faits quels sont les rapports entre les parties contractantes dans le cadre du contrat conclu. Elle estime que décider de l'application de la loi sur la seule base du type de contrat (franchise, agence commerciale, mandat, courtage, etc.), sans confronter en détail le contrat à la loi, serait une erreur.

Ce point souligne de nouveau la nécessité de précision indiquée ci-dessus.

## B. Exemples

Comme exemple de cette règle de base, il peut être fait référence aux cas pratiques suivants apportés par les différents membres:

### Exemple 1:

- Un contrat entre un agent commercial et un commettant, dans lequel il est stipulé que l'agent commercial a uniquement pour mission, en échange d'une commission, pour le compte de son commettant (mandant), de prospecter des clients dans un (nouveau) secteur et de recruter pour son commettant, en ayant recours au concept d'exploitation commerciale de son commettant et en utilisant un nom commercial commun, sans aucune forme d'assistance commerciale ou sans payer de rémunération financière, et en échange de quoi il perçoit une commission.

Selon la majorité de la Commission, cet accord de partenariat commercial ne relève en principe pas de la loi du 19 décembre 2005, dans la mesure où l'agent ne paie pas de rémunération pour le concept d'exploitation commerciale et l'utilisation du nom commercial.

Selon les représentants des personnes octroyant le droit, ce contrat ne relève pas de la loi, avant tout parce que l'agent commercial, lors de l'exécution du contrat, intervient pour le compte du commettant.

- L'agent commercial qui relève de cette même catégorie d'intermédiaires, comme ci-dessus, et qui reçoit par exemple une assistance technique de son commettant, par exemple sous la forme d'une formation, pour laquelle il paie d'une manière ou l'autre une sorte de rémunération au commettant (même en déduisant le coût de cette formation de la commission qui lui revient), relèvera en revanche, selon la majorité de la Commission, de l'application de la loi.

Selon les représentants des personnes octroyant le droit, cet accord ne relève pas non plus du champ d'application de la loi sur base du même argument.

### Exemple 2:

- Depuis l'adoption du règlement européen 1400/2002, la collaboration commerciale via le contrat de réparateur agréé est une tendance. La personne recevant le droit peut ainsi, dans son atelier de réparation, exécuter ses activités sous l'enseigne du constructeur automobile, en contrepartie de différentes rémunérations indirectes. Le constructeur impose, pour sa part, certaines normes en matière d'organisation et de présentation de l'entreprise de la personne recevant le droit et fournit en même temps une assistance technique et commerciale.

### Exemple 3:

- Si un fabricant automobile confie la distribution de voitures à un concessionnaire, sans fournir aucune assistance ou sans facturer de rémunération, la loi ne sera pas d'application.
- Un contrat de concession prévoyant la fourniture de voitures à un concessionnaire qui les vend en son nom propre et pour son propre compte, mais qui utilise le savoir-faire du concédant pour l'exploitation commerciale au sens de la politique de marketing et obtient en outre une assistance expresse lors de campagnes publicitaires relèvera de la loi si le

concessionnaire paye une rémunération pour une telle assistance, qui est clairement à caractère commercial.

#### **4.2.5 La communication d'informations précontractuelles**

Le législateur a notamment chargé la Commission d'arbitrage de vérifier dans quelle mesure la loi du 19 décembre 2005 contribue à l'entière, la clarté et l'équilibre des accords de partenariat commercial.

Comme nous l'avons déjà signalé auparavant dans ce rapport, la Commission estime qu'elle n'a pas disposé de suffisamment de temps pour procéder à une analyse approfondie. Elle ne peut qu'aborder les conséquences de la loi et de son application de manière fragmentaire et sur base d'un nombre limité de cas.

L'UNIZO (Unie van Zelfstandige Ondernemers) utilise déjà depuis presque 10 ans une méthode d'analyse de la franchise et des contrats commerciaux. Un screening de tels contrats est réalisé à l'aide du *Quick Scan*. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, le 1<sup>er</sup> février 2006, une quinzaine de contrats ont pu être examinés grâce à cette méthode. Pour la clarté, il faut préciser que les quinze contrats étaient des contrats de franchise.

Parmi ces quinze contrats, le screening exécuté a relevé deux contrats dont le délai de réflexion d'un mois n'était pas respecté et quatre dont le DIP (document d'information précontractuelle) était incomplet.

En résumé, dans quatre cas sur dix, des manquements ont donc été constatés quant à l'application de la communication d'informations précontractuelles. Inversement, on peut tout aussi bien dire que déjà dans soixante pour cent des cas examinés, l'information précontractuelle a été fournie correctement et à temps au candidat à l'obtention du droit.

Comme il s'agit de nouvelles obligations pour la personne octroyant le droit, il n'est pas possible, sur ce plan, de faire une comparaison avec le passé. Il semble donc indiqué de faire preuve de la prudence nécessaire en tirant les conclusions des chiffres précités.

#### **4.2.6 Clauses source de déséquilibre**

Dans son rapport d'évaluation, la Commission d'arbitrage doit notamment prêter attention au point suivant:

- La présence, dans les contrats, de dispositions occasionnant un déséquilibre manifeste entre les parties, entre autres les clauses de non-concurrence et celles en matière de détermination de la valeur en cas de rachat, les conditions de résiliation et de clôture du contrat ainsi que les obligations de résultat.

Les représentants des personnes recevant le droit ont, déjà avant la réalisation de la loi, été particulièrement attentifs à trois sortes de clauses qui, selon eux, débouchent sur un déséquilibre structurel au détriment des personnes recevant le droit. Il s'agit plus particulièrement des clauses relatives :

- aux obligations de chiffre d'affaires ou d'achat liées à des clauses de résiliation;
- à l'obligation de non-concurrence devant être respectée à la fin du contrat;
- au droit de préemption lié à la détermination préalable de la valeur du commerce.

La présence de telles clauses dans les accords de partenariat commercial a déjà été analysée depuis l'introduction du *Quick Scan* précité de l'UNIZO. Sur base de ces données, une comparaison peut donc être faite avant et après la loi.



Comme il a déjà été mentionné, seuls quinze contrats ont été soumis à ce Quick Scan depuis l'entrée en vigueur de la loi. L'examen de ces contrats semble indiquer qu'ils contiennent, moins qu'avant, des clauses relatives au droit de préemption lié à la détermination préalable de la valeur du commerce. Inversement, cet examen pourrait indiquer qu'aujourd'hui il y a proportionnellement plus de contrats contenant des clauses relatives au chiffre d'affaires à réaliser (avec clause de résiliation) et des clauses de non-concurrence devant être respectées à la fin du contrat.

Ci-après suivent de chiffres plus détaillés provenant du Quick Scan de l'Unizo :

Clause	Pourcentage de contrats dans lesquels figure la clause	
	Avant l'entrée en vigueur de la loi (191 contrats)	depuis l'entrée en vigueur de la loi (15 contrats)
obligations de chiffre d'affaires ou d'achat liées à des clauses de résiliation	36 %	40 %
obligation de non-concurrence devant être respectée à la fin du contrat	65 %	73 %
droit de préemption lié à la détermination préalable de la valeur du commerce	21 %	13 %

Selon les représentants des personnes recevant le droit, la seule présence de ces clauses entraîne des contrats déséquilibrés entre les personnes qui reçoivent les droits et les personnes qui octroient les droits. Les clauses reprises sous cette forme dans le contrat constituent une trop grande limitation au fonctionnement du libre marché:

- la personne qui reçoit le droit qui n'atteint pas le chiffre d'affaires – par exemple, en raison de l'établissement d'un concurrent – se trouve, en cas d'obligation de chiffre d'affaires avec clause de résiliation, dans une situation juridique très déséquilibrée;
- l'obligation de non-concurrence devant être respectée à la fin du contrat empêche la personne qui reçoit le droit de poursuivre son activité en tant qu'indépendant;
- avec un droit de préemption lié à la détermination préalable de la valeur du commerce, la personne qui reçoit le droit n'a pas la possibilité de valoriser le fonds de commerce au prix du marché au moment de la cession du fonds de commerce.

Selon la majorité de la Commission d'arbitrage, dont les représentants des personnes octroyant le droit, ce n'est toutefois pas la présence en soi de telles clauses qui peut poser problème, mais, et uniquement dans certains cas, le contenu de ces clauses, lorsque celui-ci est exagéré. Les chiffres avancés par l'Unizo doivent donc être relativisés, d'autant plus que les réponses portent sur un nombre limité de contrats conclus après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

En outre, l'objectif de ces clauses est de protéger l'ensemble du réseau, donc aussi bien la personne qui octroie le droit que la personne qui reçoit le droit. Interdire de telles clauses pourraient engendrer un risque de déstabilisation de l'ensemble du réseau commercial, ce qui n'est dans l'intérêt de personne. Ce qu'il faut faire est de veiller à ce que ces clauses n'entraînent pas d'obligations exagérées et déséquilibrées. En outre, il convient de rappeler que les limites des clauses de non-concurrence sont déjà fixées par le droit de la concurrence, justement pour éviter les excès, comme par exemple par le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

#### 4.2.7 La protection de la partie faible

Le fil conducteur de la préparation de la loi et des discussions menées au Parlement était la protection de la « partie faible ». Les obligations d'information spécifiquement mises à charge des personnes octroyant le droit, le délai de réflexion pour la personne recevant le droit, les lourdes sanctions civiles en cas de non-respect des obligations d'information en fournissent abondamment la preuve.

De facto, on est parti du principe que la partie faible est la personne recevant le droit.

Les membres de la Commission d'arbitrage peuvent s'inscrire pleinement dans une logique visant à accorder suffisamment d'attention à la partie la plus faible pour avoir ainsi des relations économiques équilibrées.

Les membres représentant des personnes octroyant le droit veulent toutefois souligner qu'en pratique, il arrive parfois également que la personne octroyant le droit n'occupe pas la position la plus forte dans la négociation. La Commission d'arbitrage se rallie à cette remarque: le rapport de force entre les parties négociantes peut tout aussi bien être très équilibré (ou déséquilibré dans l'autre sens), comme par exemple en ce qui concerne la coopération de La Poste avec un grand distributeur pour l'ouverture de points Poste. La position de négociation d'un grand distributeur est totalement différente d'un magasin de journaux qui voudrait aussi vendre des produits de La Poste.

## **5 Recommandations de la Commission d'arbitrage**

### **5.1 Connaissance de la loi**

Les premières analyses concernant l'application de la loi indiquent une prise de conscience et une connaissance de la loi plutôt limitées. Le sondage de la FEB, cité précédemment, confirme cette conclusion.

La Commission d'arbitrage recommande par conséquent d'organiser une campagne d'information consacrée à la loi, en étroite collaboration entre les autorités et toutes les organisations professionnelles représentatives.

### **5.2 Champ d'application**

L'enquête de la FEB a également démontré que 78 % des entreprises qui confirment connaître la loi, l'appliquent effectivement.

Seulement un tiers des 78 % précités déclare appliquer la loi, parce qu'il est clair pour elles que leur accord relève bien du champ d'application de la loi.

Ces constatations confirment ce qui a déjà été exposé auparavant: il semble absolument souhaitable que plusieurs notions de la loi soient mieux définies, afin que le champ d'application de la loi soit plus clairement délimité. Le risque est en effet réel que les points de vues divergents déjà développés dans la doctrine ne soient repris par la jurisprudence, avec le danger de créer une confusion encore plus grande. Nous recommandons que le législateur lui-même fasse la clarté nécessaire et indique la bonne délimitation.

Tous les membres de la Commission d'arbitrage sont d'accord avec l'objectif du législateur de protéger la partie faible qui prend un risque considérable en concluant un accord de partenariat commercial.

La Commission propose par conséquent, à l'article 2 la loi, de définir les notions de "partenariat commercial" et de "formule commerciale", comme proposé au point 4.2.1, à savoir:

*Pour l'application de cette loi, on entend par :*

*1° partenariat commercial:*

*Un contrat par lequel une partie - la personne qui octroie le droit - met à la disposition de l'autre partie - la personne qui reçoit le droit - en contrepartie d'une rémunération, de quelle que nature qu'elle soit, directe ou indirecte, l'utilisation d'une formule commerciale dans le cadre de la vente de produits ou de la fourniture de services.*

*2° formule commerciale:*

*Une méthode par laquelle l'utilisation d'un concept d'exploitation commerciale est offerte, selon une série de normes d'exploitation commerciale déterminées, sous une ou plusieurs des formes suivantes:*

- soit une enseigne commune,*
- soit un nom commercial commun,*
- soit un transfert de savoir-faire,*
- soit une assistance commerciale ou technique.*

Les membres de la Commission d'arbitrage ne sont toutefois pas d'accord avec la délimitation exacte à fixer au champ d'application de la loi et en particulier vis-à-vis des notions "en son propre nom et pour son propre compte".

Selon les représentants des personnes recevant le droit, l'esprit de la loi – un champ d'application le plus large possible – doit être traduit correctement dans le texte pour éviter que la loi ne soit contournée. Ces représentants proposent dès lors de préciser le champ d'application de la loi dans un nouvel article 2 bis, comme suit:

*La présente loi s'applique aux accords de partenariat commercial relatifs à l'utilisation d'une formule commerciale conclus entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales indépendantes.*

Subsidiairement, les représentants des personnes recevant le droit proposent la description suivante:

*La présente loi s'applique aux accords de partenariat commercial relatifs à l'utilisation d'une formule commerciale conclus entre deux personnes qui, lors de la conclusion du contrat, agissent chacune en son nom propre et pour son propre compte.*

Les représentants des personnes octroyant le droit soutiennent le choix des termes « en son nom propre et pour son propre compte » utilisés traditionnellement pour faire une distinction entre les accords de partenariat commercial, c'est-à-dire d'une part, les contrats où la personne recevant le droit agit en son nom propre et pour son propre compte (comme le contrat de franchise) et d'autre part, les contrats où la personne recevant le droit agit au nom et pour le compte de la personne octroyant le droit.

Pour éviter que le contrat de franchise soit adapté de telle manière que la nouvelle loi ne soit plus d'application, le législateur a expressément choisi d'élargir considérablement le champ d'application à tous les contrats où le droit d'utiliser une formule commerciale est octroyé sous une des formes décrites dans la loi. Cette énumération non cumulative a en effet déjà considérablement élargi le champ d'application en dehors du contrat de franchise au sens strict du mot.

Il n'y a dès lors aucune raison d'encore élargir le champ d'application tel que décrit dans la loi, ce qui doit en outre être vu dans le contexte des sanctions extrêmement lourdes liées à la loi.

Afin d'éviter toute confusion possible, les représentants des personnes octroyant le droit demandent dès lors au législateur de conserver les termes existants de la loi et de leur laisser leur signification traditionnellement connue. C'est aussi important vu les très lourdes sanctions liées à la loi.

### **5.3 Clauses source de déséquilibre**

La majorité de la Commission répète qu'à ce jour, l'expérience de l'application de la nouvelle loi est extrêmement limitée, trop limitée pour pouvoir tirer des conclusions rationnelles sur les effets qu'elle entraîne au niveau des clauses dites « sensibles ». Ils mettent dès lors en garde contre des décisions prématurées et insistent auprès du législateur pour qu'une évaluation puisse d'abord avoir lieu sur base d'une pratique suffisante, avant de prendre une nouvelle initiative législative en vue de l'interdiction ou du maintien de certaines clauses.

Selon les représentants des personnes recevant le droit, il faut constater, sur base des premières expériences, que la plupart des contrats contiennent toujours des dispositions occasionnant un déséquilibre manifeste entre les parties (clauses de non-concurrence, clauses de détermination de la valeur en cas de rachat, obligations de résultat). Selon ces représentants, la loi n'a donc pas entraîné un meilleur équilibre entre les personnes recevant le droit et les personnes octroyant le droit. Jusqu'à ce jour, on ne peut pas encore constater de véritable liberté de négociation ayant débouché sur des adaptations de contrats. En rapport avec ces clauses, les représentants des personnes recevant le droit font les recommandations suivantes:

#### **5.3.1 Obligations de résultats liant l'obligation de chiffre d'affaires ou l'obligation d'achat à des clauses de résiliation**

Une collaboration sur le plan commercial constitue essentiellement une coopération entre différents entrepreneurs. La réussite d'une formule dépend des deux parties et de telles obligations de résultat sont contraires à ce principe. En outre, les chiffres d'affaires et d'achat sont souvent liés à des facteurs externes qui, en dehors de la volonté de la personne recevant le droit, ont un impact négatif sur le chiffre d'affaires, comme par exemple le fonctionnement du marché en général, les travaux publics, un cas de force majeure. D'autres clauses contractuelles peuvent suffisamment contrer une non-exécution éventuelle d'une obligation par la personne recevant le droit.

Les représentants des personnes recevant le droit plaident par conséquent pour tenir légalement pour non écrites les clauses qui prévoient une simple résiliation unilatérale et immédiate en cas de chiffre d'affaires non réalisé, sans tenir compte de facteurs externes.

#### **5.3.2 Clauses de non-concurrence avec effet après l'expiration du contrat de partenariat commercial**

De nombreux entrepreneurs indépendants sont en outre empêchés de poursuivre leurs activités après l'expiration de l'accord de partenariat commercial. Cela est dû au fait que de nombreux contrats prévoient des clauses de non-concurrence trop strictes qui ont (aussi) des effets après l'expiration du contrat. C'est une limitation trop sévère du libre marché. L'entrepreneur indépendant est ainsi dans l'impossibilité de poursuivre l'expérience qu'il a acquise en tant que commerçant. En outre, il ne bénéficie pas de la protection sociale octroyée à un travailleur.

Les représentants des personnes recevant les droits plaident dès lors pour limiter légalement ces clauses de non-concurrence à la période durant laquelle court le contrat de franchise même.

#### **5.3.3 Le droit de préemption lié à la détermination préalable de la valeur du commerce**

Ces clauses permettent à la personne octroyant le droit d'acquérir le fonds de commerce de la personne recevant le droit à un prix fixé préalablement dans le contrat. La personne recevant le droit ne peut ainsi pas obtenir le prix du marché qu'un tiers éventuel donnerait, lors de la cession de son

commerce, ce qui constitue une entrave au libre marché, d'autant plus que le prix est souvent sous-évalué.

Selon les représentants des personnes recevant le droit, la personne recevant le droit qui souhaite vendre son commerce, pour lequel elle a elle-même réalisé les investissements et pris les risques nécessaires, doit pouvoir obtenir le prix le plus élevé possible que lui offre le marché. Le prix du fonds de commerce fixé à l'avance doit donc être tenu légalement pour non écrit.

#### **5.4 La partie faible**

Les membres de la Commission d'arbitrage souscrivent unanimement et sans réserve à l'objectif poursuivi par le législateur, c'est-à-dire la protection de la partie faible.

Les représentants des personnes octroyant le droit demandent toutefois au législateur de ne pas perdre de vue le fait que le point de départ qu'il a choisi, à savoir que la personne recevant le droit est toujours la partie faible, ne correspond pas à la réalité. Dans les cas où les deux parties sont aussi fortes d'un point de vue économique, et certainement dans les cas où la partie faible est la personne qui octroie le droit, la loi occasionne même un déséquilibre injustifié et entraîne des charges inutiles pour la personne octroyant le droit et en outre une perte de temps pour les deux parties. Par conséquent, ils recommandent au législateur de prévoir l'obligation d'information précontractuelle uniquement pour les cas où la personne octroyant le droit est effectivement la partie la plus forte.

#### **5.5 Le délai de réflexion**

Les représentants des personnes octroyant le droit indiquent que le délai de réflexion d'un mois, durant lequel aucun engagement ne peut être pris, peut être problématique, voire même jouer au désavantage de la personne recevant le droit.

Ainsi, par exemple, la personne recevant le droit peut, durant cette période, voir échapper certaines opportunités d'occuper un immeuble et d'y exécuter des travaux d'aménagement.

Dans certaines circonstances, comme lors d'adjudications publiques avec des délais contraignants, les parties qui veulent collaborer seront dans l'impossibilité totale de respecter la loi, si elles veulent souscrire à temps à cette adjudication.

Par conséquent, les représentants des personnes octroyant le droit demandent expressément au législateur de prévoir une exception aux dispositions sur le délai de réflexion dans ces cas.

Les autres membres de la Commission ne peuvent pas se ranger derrière cette recommandation: ils estiment que le délai de réflexion fixé légalement ne constitue pas un obstacle aux échanges économiques.

#### **5.6 La clause de confidentialité**

La loi énonce à très juste titre le principe selon lequel les parties sont tenues à la confidentialité des informations qu'elles échangent en vue ou dans le cadre de la conclusion d'un accord de partenariat commercial, mais ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de non-respect de cette obligation. A côté de cela, il n'est pas clair de savoir si les parties sont autorisées dans le cadre de la loi, à conclure un accord dans lequel les sanctions seraient prévues en cas de non-respect de ces obligations légales.

Afin d'être le plus précis possible et de donner aux parties la possibilité de prévoir des sanctions, la Commission propose de modifier le texte de l'article 3, 2<sup>ème</sup> paragraphe, comme suit:

"Aucune obligation ne peut être prise, aucune rémunération, somme ou caution ne peut être demandée ou payée avant l'expiration du délai d'un mois suivant la délivrance du document visé au présent article, **sauf par rapport aux conséquences du non respect de l'obligation de confidentialité.**"

## **5.7 Règlement des litiges**

Afin de faciliter la collaboration commerciale pour les personnes recevant potentiellement le droit et d'offrir des garanties supplémentaires pour l'équilibre entre les parties en matière de collaboration commerciale, les représentants des personnes recevant le droit plaident pour l'une ou l'autre forme organisée de règlement des litiges en matière commerciale.

Lors des discussions au sein de la Commission d'arbitrage, il est apparu qu'elle ne peut pas faire de la médiation comme il est légalement énoncé aux articles 1724 et suivants du Code judiciaire. Par conséquent, les représentants des personnes recevant le droit estiment qu'il est utile que le législateur prévoie expressément un règlement des litiges en matière d'accords de partenariat commercial. Une telle médiation devrait de préférence être attribuée à un organe spécialisé.

Afin d'établir un règlement des litiges pour les accords de partenariat commercial, les représentants des personnes recevant le droit estiment que l'on peut partir des principes suivants:

- en principe, toute plainte relative aux accords de partenariat commercial peut faire l'objet d'un règlement des litiges ; un contrôle de recevabilité est toutefois prévu pour éviter des plaintes désinvoltes ;
- pour chaque litige, il y a au moins trois représentants :
  - un représentant de la personne qui octroie le droit de l'accord de partenariat commercial
  - un représentant de la personne qui reçoit le droit de l'accord de partenariat commercial
  - un expert indépendant en matière d'accords de partenariat commercial
- un délai de traitement réaliste, à fixer dans un règlement d'ordre intérieur
- un caractère confidentiel du règlement des litiges
- les trois représentants règlent le litige collégalement
- les parties se réservent à tout moment le droit de mettre fin au règlement des litiges et/ou d'entamer des procédures judiciaires, de médiation ou d'arbitrage.

La Commission n'étant pas compétente pour résoudre des litiges concrets et son nom prêtant dès lors à confusion, les autres membres sont d'avis qu'il est indiqué de changer son nom. Ils estiment également que le règlement de litiges ne devrait pas non plus tomber dans les compétences de la Commission.

## **5.8 Les sanctions**

La nullité automatique de l'ensemble du contrat est une sanction grave.

Selon les représentants des personnes octroyant le droit, une sanction si lourde est tout à fait disproportionnée par rapport à la "faute" parfois administrative qui pourrait être commise au niveau des formalités et aussi par rapport aux conséquences éventuelles de cette "faute".

En outre, le fait que l'on puisse se prévaloir de la nullité jusqu'à 2 ans après la conclusion du contrat entraîne une grande insécurité juridique.

Enfin, aucune sanction n'est prévue pour le non-respect de la confidentialité, alors que l'information devant être communiquée est souvent stratégiquement très importante.

Pour les raisons susmentionnées, les représentants de personnes octroyant le droit estiment que l'ensemble du régime de sanctions doit être réexaminé afin de le nuancer.

Selon les représentants des personnes recevant le droit, le non-respect de l'obligation d'information peut avoir des conséquences graves. La loi a précisément voulu mieux protéger la partie qui reçoit le droit. La partie qui octroie le droit est justement encouragée par les sanctions prévues à suivre scrupuleusement la loi dans l'intérêt de la personne recevant le droit. Il est possible que la personne recevant le droit qui n'est pas informée sur une clause particulière n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait fait sous une autre forme si elle avait été informée sur une clause particulière. Selon ces représentants, ces sanctions ne sont par conséquent pas disproportionnées.

## **6 Conclusion générale**

- La Commission désire tout d'abord mettre l'accent sur le fait que le délai endéans lequel le rapport devait être rendu n'était pas seulement trop court pour exercer ses activités mais, en outre également trop court pour déjà, après à peine un an d'application de la loi, pouvoir réaliser une évaluation complète de la loi. La Commission estime également qu'il sera nécessaire de répéter cet exercice d'évaluation ultérieurement afin de donner le temps aux acteurs économiques d'adapter leurs activités aux obligations de la loi.
- En conséquence et en relation avec ce qui précède, la Commission a établi que la loi n'était pas encore suffisamment connue sur le terrain. Les membres de la Commission ont déjà entrepris différentes actions pour faire connaître la loi et ils les répéteront encore à l'avenir. Par ailleurs, ils souhaitent inciter les autorités à mener les campagnes d'information nécessaires.
- Pour ce qui concerne l'évaluation de la loi, la Commission est unanime pour dire qu'un certain nombre de notions de la loi doivent être précisées afin de mieux délimiter son champ d'application, notamment les notions "accord de partenariat", "formule commerciale" et "rémunération". De la même façon, la loi doit expressément donner aux parties la possibilité de prévoir des sanctions contractuelles en cas de non-respect de l'obligation de confidentialité.
- L'avis entre les représentants des personnes recevant le droit et de celles octroyant le droit est partagé sur les autres points, notamment l'interprétation de la notion « en son propre nom et pour son propre compte », l'effet de la loi sur les clauses qui sont la base d'un déséquilibre, la protection de la partie faible, le délai de réflexion, le règlement des litiges et les sanctions ; sur certains de ces points ils défendent leur positions de principe déjà connues. Les autres membres de la Commission soutiennent le point de vue de l'une ou de l'autre partie, selon le thème en question.

En vue de l'élaboration du présent rapport, la Commission d'arbitrage s'est réunie en date des 26 juillet, 6 septembre, 10 octobre, 10 novembre et 19 décembre 2006 et des 8 janvier, 6 février, 28 février, 28 mars et 3 avril 2007.

## Annexe : composition de la Commission d'arbitrage

	membres effectifs	membres suppléants
représentants des personnes recevant le droit	Luc ARDIES (UNIZO)	Michiel VERHAMME (UNIZO)
	Pierre-François RIZZO (UCM) <sup>(1)</sup>	Clarisse RAMAKERS (UCM)
représentants des personnes octroyant le droit	Sarah DE GREEF (FEB)	Charles GHEUR (FEB)
	Didier DEPREAY (FBF)	Nathalie PINT (FEDIS)
experts	Olivier VAES	Benoit STOCKMAN
	Pierre DEMOLIN	Jean-Marie RIKKERS
représentants de l'autorité	Francis DERYCKERE	Geneviève TOMSON
	Philippe LENGLER	Stefaan De Vos

<sup>(1)</sup> jusqu'au 14 février 2007



## TABLE DES MATIERES

<b>1</b>	<b>Introduction.....</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Contenu de la mission .....</b>	<b>1</b>
<b>3</b>	<b>Délais – Modifications et répercussions.....</b>	<b>2</b>
<b>4</b>	<b>Exécution de la mission légale .....</b>	<b>3</b>
4.1	Mesures à court terme .....	3
4.2	Analyse plus approfondie de la législation.....	3
4.2.1	Connaissance de la loi.....	3
4.2.2	Interprétation de la loi .....	3
4.2.3	Règlement des litiges.....	5
4.2.4	Champ d'application de la loi .....	6
4.2.5	La communication d'informations précontractuelles.....	8
4.2.6	Clauses source de déséquilibre.....	8
4.2.7	La protection de la partie faible.....	9
<b>5</b>	<b>Recommandations de la Commission d'arbitrage.....</b>	<b>10</b>
5.1	Connaissance de la loi .....	10
5.2	Champ d'application.....	10
5.3	Clauses source de déséquilibre.....	12
5.3.1	Obligations de résultats liant l'obligation de chiffre d'affaires ou l'obligation d'achat à des clauses de résiliation.....	12
5.3.2	Clauses de non-concurrence avec effet après l'expiration du contrat de partenariat commercial.....	12
5.3.3	Le droit de préemption lié à la détermination préalable de la valeur du commerce.....	12
5.4	La partie faible.....	13
5.5	Le délai de réflexion .....	13
5.6	La clause de confidentialité.....	13
5.7	Règlement des litiges.....	14
5.8	Les sanctions .....	14
<b>6</b>	<b>Conclusion générale .....</b>	<b>15</b>
	<b>Annexe</b>	<b>16</b>