

Avis n° 2009/04 du 23 novembre 2009

## **Commission d'arbitrage**

**Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre  
d'accords de partenariat commercial**

**Avis sur l'interprétation des termes de l'article 2 de la loi du  
19 décembre 2005  
« en son propre nom et pour son propre compte »**

## **Introduction**

La Commission d'arbitrage a pris l'initiative d'examiner au cours de ses réunions des 22 juin, 12 octobre et 23 novembre 2009, la question relative à l'interprétation des termes « en son propre nom et pour son propre compte » visés à l'article 2 de la loi du 19 décembre 2005 et plus largement la question du champ d'application de cette loi.

## **Avis**

### ***1) Le texte légal***

L'article 2 de la loi définit le champ d'application de celle-ci comme suit : « La présente loi s'applique 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 : une enseigne commune, un nom commercial commun, un transfert de savoir-faire, une assistance commerciale ou technique. »

### ***2) Les termes « en son propre nom et pour son propre compte »***

Dès avant l'entrée en vigueur de la loi, une controverse est apparue dans la doctrine quant à l'étendue du champ d'application de la loi.

Certains auteurs considèrent que la condition d'indépendance doit non seulement être remplie lors de la négociation au cours de la phase précontractuelle mais aussi, une fois que le contrat est signé. Ainsi, d'office, certains contrats ne seraient pas visés par la loi. Par exemple, dans le cadre de l'agence commerciale, l'agent commercial est chargé par l'autre partie de la négociation et éventuellement la conclusion d'affaires au nom et pour le compte du commettant. Or, certains contrats d'agence (pas tous mais uniquement ceux qui rentrent dans la définition du contrat de partenariat commercial défini par la loi), obligent l'agent à prendre de lourds engagements, ce qui justifie la protection voulue par le législateur. Par ailleurs, dans le contrat de commission, qui est très fréquent dans le domaine de la franchise (où ce contrat, dont personne ne conteste la qualification de contrat de franchise – puisqu'il y a transfert de savoir-faire, usage d'une enseigne commune et assistance du franchiseur - est parfois dénommé contrat de « commission-affiliation »), le commissionnaire ou le franchiseur accomplit en son nom mais pour le compte d'un autre, le commettant ou le franchiseur, une ou plusieurs opérations juridiques qui intéressent la circulation des biens. On peut également penser au contrat de gérance libre et de location-gérance qui sont parfois inclus dans un contrat de franchise. Les franchiseurs qui utilisent cette formule n'ont jamais prétendu que la loi ne s'applique pas à ce type de contrat.

D'autres auteurs sont d'un point de vue différent : la condition d'agir en son propre nom et pour son propre compte doit être examinée au stade précédant la conclusion du contrat, c'est-à-dire uniquement pendant la phase précontractuelle. Cela correspond à l'intention du législateur de viser une application large de la loi dans le cadre de la négociation du contrat avant sa signature et pas dans le cadre l'exécution du contrat après sa signature qui reste

soumise au droit commun (hormis les sanctions en cas de non respect de la loi durant la phase précontractuelle). Le fait que la personne qui reçoit le droit exécute le contrat de telle ou telle manière ne change rien en la matière. La condition d'agir pour son nom et pour son propre compte doit être appréciée dans les rapports entre parties au cours de la phase de négociation du contrat jusqu'à sa conclusion et non dans les rapports ultérieurs avec des tiers dans le cadre de l'exécution du contrat conclu. Les mots utilisés visent en réalité l'indépendance des parties l'une par rapport à l'autre.

Il est utile de rappeler l'historique de la loi. Comme le mentionnent Maîtres Kileste et Somers dans un article consacré à la présente matière<sup>1</sup>, « on peut constater que le commentaire des articles accompagnant l'exposé des motifs montre que ... le législateur visait les accords dans lesquels deux parties sont impliquées, qui sont indépendantes l'une de l'autre<sup>2</sup> ». Enfin, il n'est pas inutile de souligner que la loi indique que « chacune » des parties doit agir en son propre nom et pour son propre compte et qu'il aurait été absurde pour le législateur d'exiger que celui qui octroie le droit doive agir en son propre nom et pour son propre compte dans le cadre de l'exécution du contrat : comment pourrait-il en être autrement ? Pourrait-on imaginer que celui qui reçoit le droit l'exécute pour une personne qui n'agit pas pour son propre nom et pour son propre compte ? Il suffirait alors que tous ceux qui octroient le droit agissent par l'intermédiaire d'un mandataire pour échapper à l'application de la loi ! Cette pratique n'existe pas dans les faits mais si elle devait se généraliser pour permettre d'échapper à l'application de la loi, celle-ci manquerait totalement son objectif.

### **3) L'objectif de la loi du 19 décembre 2005**

On peut lire dans les travaux parlementaires, que « le champ d'application de la loi est large et vise de manière générale les accords de partenariat commercial dans lesquels deux parties sont impliquées qui sont indépendantes l'une de l'autre, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales... Cette définition permet de cerner une multitude de formes de collaboration commerciale, afin de ne pas établir une discrimination entre les différentes formules...<sup>3</sup> ». On peut donc en déduire que l'intention du législateur, et dès lors l'esprit de la loi, a été d'encadrer le maximum de collaborations commerciales. Cet esprit doit être correctement traduit dans les faits.

L'objectif principal poursuivi par la loi est de rééquilibrer une relation commerciale au bénéfice de celui qui obtient le droit d'exploiter une formule commerciale afin de l'informer le plus complètement des droits et obligations découlant du contrat et du contexte économique et financier dans lequel se situe ce contrat. Par conséquent, il faudra vérifier, dans chaque cas d'espèce, quelle est l'activité en cause. Si l'activité consiste à vendre des produits ou fournir des services à des clients et que les conditions définies à l'article 2 de la loi sont réunies (octroi d'un droit / d'utiliser une formule commerciale : enseigne commune et/ou nom commercial commun et/ou transfert de savoir-faire et/ou assistance commerciale ou technique / contre une rémunération), la loi est d'application.

### **4) Proposition de modification de la loi du 19 décembre 2005**

Les membres de la Commission estiment que toute interprétation qui reviendrait à limiter les droits de la partie qui reçoit le droit, entre autre en appliquant la loi sans respecter ses

---

<sup>1</sup> « L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », P. Kileste et A. Somers, J. T., n° 6221, 22/04/2006.

<sup>2</sup> Doc. Parl. Ch., 2004 -2005, doc. 51, n° 1687/001, p.6.

<sup>3</sup> Doc. Parl. 51, 1687/001, p.6.

termes (la place des mots « qui agissent chacune en son propre nom et pour son propre compte » est en effet à mettre en rapport avec la phase précédant et aboutissant à la conclusion du contrat et pas avec la phase d'exécution du contrat) et son esprit (la loi vise la négociation du contrat avant sa conclusion), doit dès lors être rejetée. Seule une interprétation de la loi conforme aux objectifs voulus par le législateur, ainsi exprimés dans les travaux préparatoires, doit être retenue. Afin toutefois d'éviter toute insécurité juridique, une clarification du texte s'imposerait. Il conviendrait tout simplement de modifier l'article 2 de la loi en supprimant les termes « en son propre nom et pour son propre compte » qui sont en effet superflus. Cela permettrait de supprimer une controverse d'auteurs juridiques et d'éviter que ceux qui sont visés par la loi ne puissent, par des artifices juridiques, échapper à son application au détriment des personnes que le législateur veut protéger.

---