

Avis n° 2014/14 du 12 septembre 2014

Commission d'arbitrage

**Titre 2 du livre X du Code de droit économique relatif à l'information précontractuelle
dans le cadre d'accords de partenariat commercial.**

Avis sur la portée de la notion de formule commerciale

1. Introduction

A l'occasion de l'insertion dans le Code de droit économique des dispositions relatives à l'obligation d'information précontractuelle, anciennement prévues par la loi du 19 décembre 2005, le législateur a apporté des modifications à la définition d'accord de partenariat commercial auquel l'obligation d'information précontractuelle s'applique.

L'octroi du droit d'utiliser lors de la vente de produit ou de la fourniture de service, une formule commerciale sous une des quatre formes énoncées par la loi, devient le principal critère d'application des dispositions relatives à l'obligation d'information précontractuelle.

La Commission d'arbitrage a pris l'initiative d'examiner la notion de « formule commerciale » et des quatre formes non cumulatives qu'elle peut revêtir.

Dans le présent avis, la Commission d'arbitrage donne des lignes directrices pour vérifier, dans chaque cas d'espèce, s'il y a octroi du droit d'utiliser une formule commerciale.

2. Avis de la Commission

2.1. Rappel : la définition de l'accord de partenariat commercial et les modifications apportées par le Code de droit économique

En adoptant la loi du 19 décembre 2005, la volonté du législateur était de donner à cette dernière un champ d'application large afin d'encadrer un maximum de collaborations commerciales et de ne pas établir de discrimination entre les différentes formes de collaboration.

Le législateur a donc introduit dans la législation une nouvelle notion : l'accord de partenariat commercial.

L'article 2 de la loi du 19 décembre 2005 prévoyait que l'obligation d'information précontractuelle s'appliquait aux accords de partenariat commercial conclus entre deux personnes, qui agissent chacune en son propre nom et pour son propre compte, par laquelle 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 d'un savoir-faire, une assistance commerciale ou technique.

Lors de l'adoption du Code de droit économique, les dispositions de la loi du 19 décembre 2005 ont été insérées dans le titre 2 du livre X du Code de droit économique. La définition d'accord de partenariat commercial a, quant à elle, été insérée dans le livre I du Code de droit économique.

Le Code de droit économique apporte quelques modifications au texte initial de la loi du 19 décembre 2005, basées sur les avis de la Commission d'arbitrage.

En ce qui concerne plus particulièrement le champ d'application de la loi, le texte inséré à l'article I.11.2° du Code de droit économique définit l'accord de partenariat commercial soumis à l'obligation d'information précontractuelle comme suit:

« accord conclu entre plusieurs personnes, par lequel une de ces personnes octroie à l'autre le droit 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 d'un savoir-faire;
- une assistance commerciale ou technique. »

Les modifications suivantes sont ainsi apportées :

- à l'alinéa 1^{er}, le mot « *deux* » est remplacé par le mot « *plusieurs* » ;
- à l'alinéa 1er, les mots « *qui agissent chacune en son propre nom et pour son propre compte* » sont supprimés ;
- à l'alinéa 1er, les mots « *en contrepartie d'une des rémunérations, de quelque nature qu'elle soit, directe ou indirecte* » sont supprimés.

L'article X.26 du Code de droit économique précise que le titre 2 n'est pas applicable aux contrats d'agence d'assurance et bancaire soumis respectivement aux lois des 27 mars 1995 et 22 mars 2006, même s'ils répondent à la définition de l'article I. 11.2° du Code de droit économique.

Analysant la notion d'accord de partenariat commercial au sens de la loi du 19 décembre 2005, Monsieur DEMOLIN soulignait (Le contrat de franchise et informations précontractuelles, Le droit de la distribution, Formation Permanente CUP, 110, Liège, Anthemis, 2009, n°76, pp 221 et 222) :

« L'accord de partenariat commercial est une nouvelle notion dans notre arsenal législatif. Elle n'est pas définie (...). La loi s'applique certainement aux contrats de franchise. C'est ce type de contrat qui a servi de base aux discussions parlementaires mais le législateur a volontairement imposé des critères généraux afin que la loi puisse embrasser d'autres formules commerciales et notamment, celles susceptibles de se développer dans le futur. (...).

Un accord de partenariat commercial, au sens de la loi, suppose une structure et une durée. C'est en fait le plus souvent – mais pas exclusivement – un contrat cadre à partir duquel se nouent parfois d'autres conventions qui sont l'application du contrat cadre ».

Le Code de droit économique n'a pas apporté de modification sur ce point et la Commission est d'avis que l'accord de partenariat commercial visé à l'article I.11.2° du Code est un accord d'une certaine durée avec un caractère permanent, et non pas une succession de transactions isolées.

2.2. La notion de formule commerciale

Il y a accord de partenariat commercial lorsque l'une des parties à l'accord octroie à l'autre le droit d'utiliser, lors de la vente de produits ou la fourniture de services, une formule commerciale sous une ou plusieurs des quatre formes énumérées.

La loi ne définit pas 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. Elle avait déjà apporté cette précision dans son rapport d'évaluation de 2007.

La commission d'arbitrage se fonde sur l'esprit de la loi, exprimé dans les travaux parlementaires, et qui était de régir les relations précontractuelles dans le cadre de « *formules*

de partenariat commercial, prévoyant, par exemple l'octroi d'un droit d'exercer une activité commerciale sous une enseigne commune ou selon des normes d'exploitation définies»¹

2.3. Les formes que doit revêtir la formule commerciale

Il y a obligation d'information précontractuelle si la formule commerciale est octroyée sous l'une des quatre formes énumérées.

La loi énonce donc quatre formes mais la présence d'une seule suffit pour que la loi s'applique.

La loi n'a prévu aucune définition particulière de ces quatre formes de « formule commerciale ». Dès lors, il y a lieu de se référer au sens commun qui leur est donné.

2.3.1. L'enseigne commune

L'enseigne est définie comme le signe placé sur la façade et qui identifie le fonds de commerce (D. BASCHET, La franchise, Guide Pro, Paris, 2005, cité par P. KILESTE et A. SOMERS, L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, JT, 2006, p. 253 et suivantes).

Il s'agit donc du signe distinctif qu'une entreprise commerciale appose sur ses bâtiments ou sur le lieu d'exploitation (Th. VAN INNIS, Signes distinctifs, LARCIER, 1997, n°82).

Pour que la loi s'applique, l'enseigne doit être commune à la personne qui octroie le droit et à celle qui le reçoit.

2.3.2. Le nom commercial commun

Le nom commercial est le nom sous lequel l'entreprise exerce ses activités (P. KILESTE et A. SOMERS, op. cit., p. 253 et suivantes).

Il doit être distingué de la dénomination sociale qui a pour objet d'identifier une société, ou de la marque qui a pour objet de distinguer les produits ou les services de l'entreprise (D. DESSARD et J. LIGOT, Répertoire notarial, p. 221, n°91).

L'enseigne et le nom commercial peuvent se confondre mais à la différence du nom commercial, l'enseigne peut également contenir des éléments graphiques.

Tout comme l'enseigne, le nom commercial doit être commun à la personne qui octroie le droit et à celle qui le reçoit pour que la loi s'applique.

2.3.3. Le savoir-faire

La Commission d'arbitrage propose de se référer à la définition donnée par le Code de déontologie européen de la franchise, reprise dans le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (J.O.U.E. 23.04.2010, L102/1) :

«un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; "substantiel" se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services

¹ Doc. Parl. 51, 1687/005, p. 4

contractuels; "identifié" signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité».

Le savoir-faire suppose donc qu'à partir d'une idée originale, la personne qui octroie le droit a mis au point un ensemble de procédés tant commerciaux que techniques qui constituent son savoir-faire.

Les transferts de savoir-faire se rencontreront le plus souvent dans le cadre de contrats de franchise (dans lesquels les transferts impliquent la remise du manuel opératoire contenant le savoir-faire du franchiseur) mais se retrouvent dans d'autres formes de partenariat, comme par exemple les contrats de concession et les contrats d'agence.

2.3.4. L'assistance commerciale ou technique

L'assistance commerciale ou technique n'a pas fait l'objet de développement dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 19 décembre 2005.

Dans son arrêt du 27 juin 2013 (J.L.M.B. 2013, p. 1891), la Cour d'appel de Liège propose un critère pertinent pour apprécier s'il y a assistance commerciale ou technique au sens de la loi : pour que les obligations d'information précontractuelle s'imposent, il faut que l'assistance technique ou commerciale présente un caractère d'intensité et de continuité.

La Cour d'appel se réfère notamment à la continuité que doit présenter l'assistance technique ou commerciale telle qu'elle était prévue à l'article 1.3.b de l'ancien règlement européen d'exemption à certaines catégories d'accord de franchise.

Pour être continue, l'assistance doit non seulement exister au début de la collaboration mais également pendant toute l'exécution du contrat.

Pour que la loi s'applique, l'assistance devra également constituer une véritable participation, « *une collaboration étroite* » (termes repris par la Cour d'appel de Mons dans un arrêt du 13.10.1987, RDC 1988, p. 626, prononcé en matière de contrat de franchise).

Une telle collaboration étroite n'existe pas dans des hypothèses impliquant uniquement des ouvertures de crédit, de prêts d'argent ou encore de prêts gratuits de matériel, fussent-ils accompagnés d'un engagement d'entretien ou de réparation, ainsi que l'ont décidé le Tribunal de commerce de Tongres dans un jugement du 31.03.2009 (D.A.O.R. 2009, p.176) et la Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 27 juin 2013 (J.L.M.B. 2013, p.1981).
