

2005 » (jugement *a quo*, pp. 3, avant-dernier paragraphe et 5, dernier paragraphe).

Au vu des éléments précités et des chiffres produits par Fortis, il y a lieu de considérer que celle-ci renverse valablement la présomption d'apport de clientèle prévue par l'article 20, alinéa 2, de la loi du 13 avril 1995 en raison de la clause de non-concurrence insérée dans la convention du 22 août 2002.

Par conséquent, c'est par de justes motifs que la cour fait siens et que n'énervent en rien les moyens développés en appel par la S.P.R.L. Grilax que les premiers juges ont dit sa demande d'indemnité d'éviction non fondée.

L'expertise sollicitée à titre subsidiaire par la S.P.R.L. Grilax est inutile puisqu'il ressort des constatations de la cour que les premiers juges ont fait une application exacte des documents contractuels et ont apprécié correctement les chiffres produits par Fortis.

2. L'indemnité complémentaire

Selon l'article 21 de la loi du 13 avril 1995, l'agent ne peut obtenir une indemnité complémentaire que pour autant qu'il « ait droit à l'indemnité d'éviction visée à l'article 20 ».

Dès lors qu'il a été jugé que la S.P.R.L. Grilax ne pouvait prétendre à l'indemnité d'éviction, sa demande d'indemnité

complémentaire est non fondée.

Dépens

Fortis réclame la condamnation des appelants, solidairement, *in solidum* ou l'un à défaut de l'autre aux dépens d'appel liquidés à l'indemnité de procédure d'appel de 7.700 EUR.

D.M. et V.A. n'ont formulé à titre personnel aucune demande envers Fortis.

Il est uniquement précisé en termes de conclusions que « M. M. et Mme A., en leur qualité d'actionnaires de la S.P.R.L. Grilax soutiennent la demande de condamnation de la banque au profit de la société » (leurs conclusions d'appel, p. 35, par. 4).

Par conséquent, dès lors qu'ils ne succombent pas à l'égard de Fortis, ils ne peuvent être condamnés aux dépens envers celle-ci (Bruxelles, 3 mars 2010, *J.L.M.B.*, p. 1564).

Exécution provisoire

Les arrêts sont de droit exécutoires en application de l'article 1118 du Code judiciaire, sauf dans les cas exceptionnels prévus par la loi qui ne se rencontrent pas ici.

(...)

Note

Contrat d'agence: aménagement contractuel d'une indemnité d'éviction

1. Le litige soumis à la Cour d'appel de Liège est classique et concerne la rupture d'un contrat d'agence bancaire.

Les faits sont succinctement les suivants. Le 22 août 2002, une banque conclut un contrat d'agence avec un intermédiaire. Ce contrat d'agence comporte notamment une clause par laquelle les parties ont contractuellement déterminé le mode de calcul de l'indemnité d'éviction et une clause de non-concurrence.

Ce contrat, qui connaît plusieurs modifications successives notamment en ce qui concerne les paramètres à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité d'éviction, est rompu de commun accord le 24 juin 2011 avec effet au 30 juin 2011.

L'agent réclame alors une indemnité d'éviction et une indemnité complémentaire. La banque les lui refuse eu égard à la différence négative entre la valeur de la clientèle au moment de l'ouverture de l'agence et celle au moment de sa fermeture.

Saisi de la contestation, le tribunal de commerce de Liège déclare, dans un jugement du 19 janvier 2015, la demande non fondée. Dans son arrêt du 21 avril 2016, la Cour d'appel confirme ce jugement.

2. L'indemnité d'éviction trouve son fondement dans l'article 17, 2., de la directive n° 86/653/CEE du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants¹³⁰.

Cet article prévoit que l'agent a droit à une indemnité de clientèle « dans la mesure où (1) le commettant retire, même après la fin du contrat, des bénéfices considérables d'une relation d'affaires avec de nouveaux clients démarchés par l'agent commercial, (2) le paiement de cette indemnité est équitable, compte tenu de toutes les circonstances, notamment des commissions que l'agent perd et qui résultent des opérations avec ces clients ».

Cette indemnité tend à compenser les pertes de commissions subies par l'agent à la suite de la fin du contrat d'agence.

¹³⁰. La directive laissait le choix aux Etats membres de mettre en place un système d'indemnité de clientèle ou d'indemnité de répartition. Le législateur a opté pour la première.

La directive a été traduite en droit belge dans l'article 20 de la loi du 6 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale aujourd'hui repris à l'article X.18 du Code de droit économique.

3. Pour que l'agent ait droit à une indemnité d'éviction, il faut que¹³¹ (a) le contrat d'agent ait pris fin, (b) de nouveaux clients aient été apportés ou les affaires avec les clients existants aient été sensiblement développées¹³², (c) cet apport ou ce développement soit le résultat des efforts réalisés par l'agent¹³³, (d) cet apport ou ce développement soit susceptible¹³⁴ d'encore procurer des avantages au commettant et (e) ces avantages soient substantiels¹³⁵.

4. Il appartient en principe à l'agent d'apporter la preuve de la réunion des conditions lui ouvrant le droit à une indemnité d'éviction¹³⁶.

La première condition, à savoir celle relative à la fin du contrat d'agence ne pose en règle pas de difficulté. Le droit à une indemnité d'éviction est ouvert dès que le contrat prend fin sauf si le contrat est rompu pour manquement grave dans le chef de l'agent ou si l'agent a mis fin au contrat pour des circonstances exceptionnelles ou pour un manquement grave dans le chef du commettant¹³⁷.

En l'espèce, le contrat a pris fin de commun accord.

Le droit de l'agent à percevoir une indemnité d'éviction dans une telle hypothèse est discuté.

On rappellera en effet qu'en droit du travail, dont la Belgique s'est inspiré lors de la transposition de la directive, le représentant de commerce n'a pas droit à une indemnité de clientèle en cas de rupture de commun accord du contrat¹³⁸. Par ailleurs, la rupture de commun accord suppose par hypothèse une volonté en ce sens de la part de l'agent, comme lorsqu'il met unilatéralement fin au contrat. Inversement, il faut constater que la seule volonté de l'agent est insuffisante pour mettre fin au contrat (puisque'il faut également l'accord du commettant) et que ni la directive ni la loi n'excluent expressément l'indemnité d'éviction dans une telle hypothèse.

Ces incertitudes ont conduit le tribunal de commerce de Courtrai à refuser l'octroi d'une indemnité d'éviction¹³⁹. L'arrêt annoté retient la solution inverse, conformément à sa jurisprudence antérieure¹⁴⁰.

5. Il existe cependant une double présomption lorsque le contrat d'agence comporte, comme en l'espèce, une clause de non-concurrence¹⁴¹. Dans un tel cas, le commettant est présumé recevoir des avantages substantiels¹⁴² et l'agent est

¹³¹. B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEER et P.-J. NAEYAERT, « Bijzondere overeenkomsten. Tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 996, n° 566.

¹³². Dans son arrêt du 7 avril 2016 (C.J.U.E., 7 avril 2016, C-315/14 (n° 38), *J.L.M.B.*, 2017, p. 536), la Cour de justice a décidé qu'en regard aux objectifs poursuivis par la directive, il fallait considérer qu'il était un nouveau client, celui qui, bien qu'étant déjà en relation avec le commettant pour certaines marchandises, a acquis, à la suite des efforts réalisés par l'agent, d'autres marchandises du commettant que l'agent était chargé de distribuer.

¹³³. La nécessité d'efforts réalisés par l'agent a été soulignée par la Cour de justice dans son arrêt du 7 avril 2016. Elle a en effet décidé que pour savoir s'il y avait de nouveaux clients, il fallait examiner si « l'écoulement des marchandises en cause a nécessité, de la part de l'agent commercial concerné, des efforts de négociation et une stratégie de vente particuliers, tendant à la mise en place d'une relation d'affaires spécifiques notamment dans la mesure où ces marchandises relèvent d'un segment différent de la gamme du commettant » (C.J.U.E., 7 avril 2016, C-315/14 (n° 38), *J.L.M.B.*, 2017, p. 536).

¹³⁴. Cass., 15 mai 2008, www.juridat.be. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé qu'il « n'est toutefois pas requis que l'apport ou le développement des affaires, après la cessation du contrat, procure encore effectivement des avantages substantiels au commettant ». Voy. égal. Cass., 25 mars 2010, *R.A.B.G.*, 2010/15-16, p. 1039. On rappellera que selon monsieur Naeyaert, la transposition de la directive en droit belge est sur ce point inexacte, la directive imposant que le commettant reçoive effectivement des avantages substantiels (P. NAEYAERT, « Concurrentiebeding en het dubbele vermoeden inzake cliënteelvergoeding bij agentuur » (note sous Cass., 25 mars 2010), *R.A.B.G.*, 2010/15-16, p. 1047, n° 4).

¹³⁵. Suivant la Cour de cassation, pour savoir si le commettant est encore susceptible d'avoir des avantages substantiels, il faut se placer au moment où le contrat prend fin : « Le respect de cette condition doit, en règle, être apprécié au moment où le contrat prend fin. Des faits qui sont postérieurs à la cessation du contrat et qui sont de nature à faire obstacle à la réalisation de la condition, ne peuvent en aucun cas être pris en considération lorsqu'ils sont dus au commettant lui-même. » (Cass., 15 mai 2008, www.juridat.be). La Cour n'exclut donc pas la prise en considération de faits dus à l'agent lui-même. Tel est p. ex. le cas lorsque la clientèle ne reste pas chez le commettant mais suit l'agent (P. DEMOLIN, *Agent commercial. Agent de banque. Agent d'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 127, n° 111; Comm. Bruxelles, 27 novembre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 980, note D. MARTENS, « Houd de dief!? De uitwinningsvergoeding wanneer de handelsagent 'zijn' cliënteel meeneemt »).

¹³⁶. P. KILESTE et C. STAUDT, « Différents aspects de la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence, notamment en ce qui concerne l'indemnité d'éviction » (note sous Liège, 23 décembre 2002), *J.L.M.B.*, 2004, p. 958, n° 12; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEER et P.-J. NAEYAERT, « Bijzondere overeenkomsten. Tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 1008, n° 591. Ce n'est pas parce que cette preuve est difficile à apporter par l'agent qu'il y a lieu de renverser la charge de la preuve.

¹³⁷. Art. X.18 C.D.E.

¹³⁸. Cass., 12 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1166; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEER et P.-J. NAEYAERT, « Bijzondere overeenkomsten. Tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 996, n° 566.

¹³⁹. Comm. Courtrai, 30 novembre 2006, www.juridat.be. Cette solution est défendue par E. DURSIN et K. VAN DEN BROECK, *Handelsagentuur*, Gent, MYS & Breesch, 333, 581.

¹⁴⁰. Liège, 26 avril 2007, *R.D.C.*, 2007, p. 1022. Cette solution est défendue par A. DE THEUX, *La fin du contrat d'agence commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 93; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, Bruxelles, Larquier, 2008, p. 112, n° 120.

¹⁴¹. La conformité de cette double présomption à la directive a été elle-même contestée. Sur cette question, voy. P. NAEYAERT, « Concurrentiebeding en het dubbele vermoeden inzake cliënteelvergoeding bij agentuur » (note sous Cass., 26 mars 2010), *R.A.B.G.*, 2010/15-16, p. 1032, n° 10.

¹⁴². Art. X.18 C.D.E.

présupposé avoir apporté une clientèle¹⁴³.

Ces présomptions peuvent être renversées par le commettant.

Il est enseigné que ces présomptions bénéficient à l'agent alors même que la clause de non-concurrence ne ferait pas l'objet d'une application effective¹⁴⁴ voire serait nulle¹⁴⁵. Autrement dit, la seule présence d'une telle clause dans le contrat suffit, selon cet enseignement, pour que la présomption puisse jouer.

Cette solution est justifiée par l'intention qui a présidé à l'adoption de la clause. Certes, cette intention ne disparaît sans doute pas si la clause est nulle ou inefficace. Mais la nullité produit en principe ses effets *ex tunc* en sorte que la clause est censée ne jamais avoir existé. Il apparaît dès lors difficile de considérer que dans une telle hypothèse, la présomption puisse encore être invoquée¹⁴⁶.

6. La possibilité de fixer contractuellement le mode de calcul de l'indemnité d'éviction fait l'objet de controverse en doctrine.

Certains estiment qu'elle ne peut faire l'objet d'une évaluation forfaitaire à l'avance¹⁴⁷. D'autres estiment qu'il est possible de déterminer contractuellement la méthode de calcul de l'indemnité en tenant compte de l'évolution des affaires¹⁴⁸.

Compte tenu du caractère impératif des dispositions légales, la clause qui supprimerait en fait toute indemnité d'éviction ne paraît pas pouvoir être admise¹⁴⁹. Le caractère impératif justifierait également que le juge disposerait toujours d'un pouvoir d'appréciation en sorte que si le montant alloué par la clause est inférieur à celui déterminé par la loi, le juge ne serait pas lié par la clause¹⁵⁰. Inversement si l'application de la clause conduit à allouer un montant supérieur à celui

déterminé par la loi, la clause pourrait s'appliquer.

La solution ainsi préconisée est en réalité difficile à mettre en œuvre dès lors que la loi ne fixe qu'un montant maximal en laissant le soin au juge de fixer le montant de l'indemnité¹⁵¹.

La Cour de justice a décrit le raisonnement à adopter. Il comporte 3 phases: « *La première de ces phases vise, tout d'abord, à quantifier les avantages du commettant résultant d'opérations avec des clients démarchés par l'agent commercial, conformément aux dispositions du paragraphe 2, sous a), premier tiret, de cet article. La deuxième phase vise, ensuite, à vérifier, aux termes du second tiret de cette disposition, si le montant auquel l'on a abouti sur la base des critères décrits ci dessus est équitable, compte tenu de toutes les circonstances propres au cas d'espèce et notamment des pertes de commissions subies par l'agent commercial. Enfin, dans la troisième phase, le montant de l'indemnité est soumis à la limite maximale prévue à l'article 17, paragraphe 2, sous b), de la directive qui joue uniquement si ce montant, résultant des deux phases de calcul précédentes, l'excède.* »¹⁵².

A cet égard, si la loi belge qui précise que l'indemnité est fixée « *en tenant compte tant de l'importance du développement des affaires que de l'apport de clientèle* »¹⁵³, doit être entendue comme excluant la prise en considération par le juge des avantages substantiels, sa conformité à la directive est douteuse.

La doctrine estime cependant habituellement que le juge peut, en application du critère d'équité¹⁵⁴ – prévu par la directive mais non repris dans la loi belge –, tenir compte des avantages substantiels conservés par le commettant¹⁵⁵. De la même manière, il peut tenir compte, dans le cadre de cette appréciation, du fait que la clientèle aurait suivi l'agent, des éventuelles autres activités exercées dans le même secteur hors du contrat d'agence, ce qui facilite sa reconversion. En

¹⁴³. Art. X.23 C.D.E.

¹⁴⁴. P. KILESTE et N. GODIN, *Le contrat d'agence commerciale*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 213, n° 478; P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 94, n° 99.

¹⁴⁵. P. KILESTE et N. GODIN, *Le contrat d'agence commerciale*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 213, n° 478 et p. 217, n° 492.

¹⁴⁶. P. NAEYAERT, « Handelsagentuur: uitwinningsvergoeding », in *La distribution commerciale*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 225, n° 24; Liège, 13 décembre 2004, R.D.C., 2005, p. 969.

¹⁴⁷. A. DE THEUX, *La fin du contrat d'agence commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 97.

¹⁴⁸. Cl. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 141, n° 113.

¹⁴⁹. P. KILESTE et N. GODIN, *Le contrat d'agence commerciale*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 231, n° 521.

¹⁵⁰. P. DEMOLIN, *Agent commercial. Agent de banque. Agent d'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 133, n° 119; P. KILESTE et N. GODIN, *Le contrat d'agence commerciale*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 232, n° 522.

¹⁵¹. Art. X.18 C.D.E.

¹⁵². C.J.U.E., 26 mars 2009, C-348/07; C.J.U.E., 3 décembre 2015, C-338/14. En ce sens également B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEER et P.-J. NAEYAERT, « Bijzondere overeenkomsten. Tussenpersonen (1999-2009) », T.P.R., 2010, p. 1012, n° 597.

¹⁵³. Art. X.18 C.D.E.

¹⁵⁴. Celui-ci permet au juge de « modaliser », jusqu'à concurrence du plafond maximal, le montant de l'indemnité d'éviction, et ce tant à la baisse qu'à la hausse.

¹⁵⁵. B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEER et P.-J. NAEYAERT, « Bijzondere overeenkomsten. Tussenpersonen (1999-2009) », T.P.R., 2010, p. 1010, n° 595; P. KILESTE et N. GODIN, *Le contrat d'agence commerciale*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 232, n° 511-514; P. CRAHAY, « La loi relative au contrat d'agence commerciale: résiliation et indemnité d'éviction », R.D.C., 1995, p. 869, n° 78. Les avantages conservés par d'autres sociétés du groupe auquel appartient le commettant ne font en principe pas parties des avantages conservés par le commettant (C.J.U.E., 26 mars 2009, C-348/07).

revanche, la durée de la convention n'est pas un critère d'appréciation de l'indemnité¹⁵⁶.

7. Dans son arrêt du 23 mars 2006, la Cour de justice a décidé que « *les parties ne peuvent convenir d'une dérogation dont elles ignorent si elle s'avèrera, en fin de contrat, être soit en faveur soit au détriment de l'agent commercial* » et qu'une « *dérogation à l'article 17 (de la directive) ne saurait être admise que si, ex ante, il est exclu qu'elle s'avèrera, en fin de contrat, être au détriment de l'agent commercial* »¹⁵⁷.

Ceci ne fait cependant à notre avis pas obstacle à une clause telle que celle reprise dans l'arrêt annoté.

Cette clause se calque en effet sur le système de la *méritocartie* élaboré par la directive et se borne à édicter une méthode de calcul pour mettre en œuvre ce système, ce que ni la directive ni la loi ne font.

L'arrêt de la Cour qui a constaté, sur la base de la méthode de calcul conventionnellement arrêtée par les parties, qu'à défaut d'avantages substantiels conservés par la banque, aucune indemnité d'éviction n'était due, nous semble en conséquence devoir être approuvé.

Tout autre est la situation en présence d'une clause qui détermine le montant de l'indemnité d'éviction en fonction de la durée du contrat: 3 mois pour un contrat ayant pris fin durant la première année, 6 mois s'il a pris fin durant la 2^e année et 12 mois à partir de la 3^e année¹⁵⁸. Une telle clause ne prend en effet pas en considération les avantages substantiels procurés au commettant qui pourraient justifier, même si la rupture intervient durant la première année, l'octroi d'une indemnité d'éviction supérieure à 3 mois.

André-Pierre ANDRÉ-DUMONT

Avocat, Maître de conférences à l'U.C.L.

¹⁵⁶ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEER et P.-J. NAEYAERT, « Bijzondere overeenkomsten. Tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 1011, n° 596.

¹⁵⁷ C.J.U.E., 26 mars 2006, C-465/04. Il résulte de cet arrêt qu'en Italie, bien que cet état ait choisi, comme la Belgique, le mécanisme de l'indemnité de clientèle, celle-ci était fixée non sur la base des mérites propres à chaque agent mais sur la base d'un pourcentage fixe des commissions perçues par l'agent pendant toute la durée du contrat. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. B. LAMBRECHT et P. NAEYAERT, « Kan het bedrag of berekeningwijze van de uitwinningsvergoeding en van de bijkomende schadevergoeding rechtsgeldig contractueel bepaald worden voor de beëindiging van de handelsagentuurovereenkomst? » (note sous C.J.U.E., 26 mars 2006), *D.A.O.R.*, 2007, p. 424.

¹⁵⁸ Voy. Gand, 24 mars 2010, *R.A.B.G.*, 2010/15-16, p. 1055.