

## Devoir d'information et responsabilité précontractuelle en matière de franchise: quelques réflexions

*Aimery de Schoutheete et Amélie Meulder<sup>1</sup>*

### RÉSUMÉ

*Jusqu'à l'adoption de la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, la jurisprudence exerçait seule, sous l'empire du droit commun, la police de l'information précontractuelle en matière de franchise.*

*Le législateur a toutefois souhaité renforcer encore la transparence de l'information, en précisant désormais les informations essentielles qui doivent être communiquées, et les formes de cette communication, à peine de nullité de l'accord.*

*Si l'intention était louable, force est de constater que sa mise en œuvre législative dessert l'objectif poursuivi. La rédaction du texte légal, parfois peu heureuse – quand elle n'est pas lacunaire ou ambiguë – en fait un foyer de controverses: à quels accords la loi a-t-elle vocation à s'appliquer? Le juge dispose-t-il d'un pouvoir d'appréciation dans le prononcé de la sanction? Quel serait le sort d'une information erronée?*

*Autant d'incertitudes que la présente note se propose d'aborder, à l'aune des principes cardinaux du droit commun des contrats et des obligations.*

### SAMENVATTING

*Tot aan de goedkeuring van de wet van 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, oefende enkel de rechtspraak, overeenkomstig het gemeen recht, het toezicht uit op de precontractuele informatie in het kader van franchising.*

*Niettemin heeft de wetgever gewenst om de transparantie van de informatie te vergroten, door te preciseren welke de essentiële informatie is die voortaan dient meegedeeld te worden, evenals de vorm van deze communicatie, op straffe van nietigheid van de overeenkomst.*

*Hoewel de bedoeling van dit wetgevend initiatief lovenswaardig is, dient men niettemin vast te stellen dat haar wettelijke toepassing voorbij gaat aan het nagestreefde doel. De tekst van de wet, soms ongelukkig gekozen – als ze al niet leemten vertoont of dubbelzinnig is – zorgt voor talrijke controverses: op welke overeenkomsten is de wet van toepassing? Beschikt de rechter over een appreciatiebevoegdheid bij het uitspreken van de sanctie? Wat is het lot van foutieve informatie?*

*Al deze onzekerheden komen in deze nota aan bod en worden afgewogen tegen de grondbeginselen van het gemeen verbintenissenrecht.*

**1. Introduction** – L'article 1134 du Code civil place les relations contractuelles sous l'égide de la bonne foi. Pris à la lettre, le texte légal n'envisage son application qu'à l'exécution du contrat<sup>2</sup>. Ce n'est que relativement récemment que la

doctrine et la jurisprudence en eurent interprété l'esprit, pour fonder la théorie de la responsabilité précontractuelle: "en ce qui concerne le processus précontractuel, le principe de bonne foi exprime l'idée qu'entre parties, qui sont en négoc-

<sup>1</sup> Avocat (Liedekerke Wolters Waelbroeck Kirkpatrick).

<sup>2</sup> L'art. 1134 dispose que "[les conventions] doivent être exécutées de bonne foi" (nous soulignons).

ciation, s'établit une relation de confiance, dont découlent des obligations particulières"<sup>3</sup>.

La bonne foi sous-entend ainsi un devoir de loyauté, de collaboration, d'information, parfois de conseil, et de discrétion, dans le chef de celui qui s'engage dans la négociation d'un contrat: chaque partie informera loyalement son cocontractant sur toutes les circonstances déterminantes pour la conclusion du contrat<sup>4</sup>.

**2. Protection du consommateur et premières consécutions légales du devoir d'information précontractuelle** – Le mouvement de protection des consommateurs est à l'origine des premières consécutions légales de l'obligation d'information précontractuelle.

Le déséquilibre présumé, tant en connaissance qu'en pouvoir économique entre les consommateurs et les professionnels, a justifié une accentuation de l'exigence de bonne foi dans les relations précontractuelles. Elle s'est traduite par une exigence d'information, voire de conseil, plus étendue de la partie dite "dominante" – le professionnel – au bénéfice de la partie réputée faible, le consommateur. Les secteurs bancaire et financier, bientôt suivis par le secteur des assurances, furent les premiers à se voir imposer par le législateur diverses contraintes propres à la phase précontractuelle<sup>5</sup>. Le professionnel, qu'il soit banquier ou assureur, "se doit d'indiquer à son cocontractant tout ce qui peut être pris en considération par une personne raisonnable pour décider si elle doit conclure le contrat et, dans l'affirmative, à quelles conditions"<sup>6</sup>.

Ce devoir d'information ne s'apprécie toutefois pas *in abstracto*: il convient en effet "de tenir compte de la compétence et de l'expérience du client"<sup>7</sup>. Une précision d'importance avant d'aborder la question du contrat de franchise...

**3. Spécificité du contrat de franchise** – Conclut entre deux professionnels, les contrats de franchise sont pourtant, à l'instar des contrats conclus avec un consommateur, mar-

qués souvent par une profonde inégalité entre les partenaires commerciaux<sup>8</sup>: d'une part, un franchiseur expérimenté et doté d'une assise économique solide, de l'autre, un franchisé novice, "petit investisseur privé ayant risqué la totalité de son patrimoine dans l'entreprise franchisée"<sup>9</sup>.

Aussi, en l'absence, en droit belge, de réglementation spécifique du contrat de franchise, la jurisprudence recourait-elle aux principes issus du droit commun des contrats et des obligations pour sanctionner la phase précontractuelle d'une relation de "franchising". L'arrêt du 26 avril 2007 de la cour d'appel de Mons, publié ci-après, rappelle ainsi que "le principe d'exécution de bonne foi appliqué au stade précontractuel induit que chaque partie fournisse loyalement à l'autre les éléments d'appréciation permettant à son futur partenaire d'évaluer le plus objectivement possible le risque commercial que comporte l'opération et d'ainsi apprécier en connaissance de cause son opportunité; cela implique dans le chef du futur franchiseur d'informer le futur franchisé par des éléments fiables d'appréciation, d'une part, quant à la rentabilité de l'exploitation, eu égard aux conditions générales du marché de ses produits ainsi qu'aux résultats de l'exploitation précédente et, d'autre part, quant à l'estimation de l'investissement en équipement, matériel, stock, coût de lancement, etc.". Pareille obligation participe du devoir de loyauté et de bonne foi qui s'impose aux parties lorsqu'elles négocient la conclusion d'une convention entre elles<sup>10</sup>.

**4. Les errements de la franchise** – En pratique toutefois, malgré des initiatives louables d'autorégulation du secteur<sup>11</sup>, disparités et inégalités économiques demeuraient souvent la "marque de fabrique" des relations entre franchiseur et franchisé, et ce déséquilibre n'était pas loin de mener nombre de contrats à l'échec et de franchisés – à la ruine<sup>12</sup>.

Une part importante de ces échecs et des litiges qui en furent la résultante était attribuée à des informations précontractuelles lacunaires, imprécises, erronées voire mensongères ou, plus simplement, à un manque total d'information

<sup>3</sup> L. CORNELIS, "La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel", *R.G.D.C.* 1990, pp. 391 et s.

<sup>4</sup> Voy. notamment Mons 13 janvier 2003, *J.L.M.B.* 2004, pp. 54 et s., spécialement p. 63.

<sup>5</sup> Voy. notamment la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (art. 11), la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (art. 14), ainsi que, en matière d'assurances, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (art. 4, 10 et 88) et les arrêtés royaux du 22 février 1991 (art. 14 et 15) et du 14 novembre 2003 (art. 5).

<sup>6</sup> M. GRÉGOIRE et V. DE FRANCKEN, "Bancassurfinance. Devoir d'information", in *Bancassurfinance*, ouv. coll. sous la dir. de J.-L. FAGNART, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 339 et s., spéc., p. 341.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 344.

<sup>8</sup> P. DEMOLIN, "Le contrat de franchise. Chronique de jurisprudence française et belge (1995-2000)", *Dossiers J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 21.

<sup>9</sup> Chambre des Représentants de Belgique, Projet de loi relatif à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, Rapport, Présentation de Me Joe Sepulchre, *Doc. parl. Ch.*, Doc. 51, 1687/005, pp. 27 et s., spéc. p. 28.

<sup>10</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, II, n° 555; voy. également: C. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Kluwer, 1997, p. 187 et la doctrine citée.

<sup>11</sup> Les membres fondateurs de la Fédération européenne de la franchise – dont la Belgique – ont élaboré, dès 1972, un Code de déontologie européen de la franchise; la Fédération belge de la franchise a quant à elle mis au point, sur le modèle européen, un Code d'éthique, et un "document d'information précontractuelle". Si leur valeur morale était incontestable, l'opinion majoritaire leur déniait une véritable force contraignante, sauf à reprendre leurs dispositions dans le contrat lui-même (voy. P. KILESTE et A. SOMERS, "L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial", *J.T.* 2006, pp. 253 et s., spéc. p. 254).

<sup>12</sup> Th. DELVAUX, "Perspectives de *lege ferenda*", in *Le contrat de franchise*, Séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 186.

préalable. Souvent également, le contrat se résumait à un simple contrat d'adhésion, dont les éléments n'étaient pas négociables<sup>13</sup>.

Face à ce constat, les essais législatifs se multiplièrent au cours des vingt-cinq dernières années<sup>14</sup>. Tous avortèrent, essentiellement en raison de l'opposition des opérateurs du secteur – et, particulièrement des franchiseurs – à une législation stricte et détaillée réglant tous les aspects du contrat de franchise.

En parallèle, une autre tendance émergeait, qui prônait, à l'instar des lois déjà existantes en Europe, et particulièrement de la loi "Doubin" adoptée en France dès 1989<sup>15</sup>, une réglementation minimale et limitée du contrat de franchise, visant uniquement la phase précontractuelle<sup>16</sup>.

C'est finalement à ce second courant que s'est rallié le législateur, applaudi en cela par de nombreux acteurs du terrain<sup>17</sup>. Le 19 décembre 2005, le Parlement adoptait une loi régissant l'information précontractuelle non seulement dans le cadre du contrat de franchise, mais plus largement, dans tout type de "partenariat commercial"<sup>18</sup>.

Si une initiative législative répondait aux souhaits du secteur, le texte adopté suscita, dès sa publication, critiques et commentaires désappointés, voire acerbes<sup>19</sup>.

**5. La loi du 19 décembre 2005** – La loi du 19 décembre 2005 entend au premier chef pallier le vide législatif qui affectait le régime de la franchise. Toutefois, plutôt que d'adopter une réglementation spécifique aux relations entre franchiseur et franchisé, le législateur a souhaité privilégier une approche large, en visant tous les accords supposément "de partenariat commercial". La rédaction parfois peu heureuse, quand elle n'est pas lacunaire ou ambiguë, du texte

légal en fait un foyer de controverses. Il n'entre pas dans l'objet de cette courte note de procéder à un relevé détaillé ou systématique de celles-ci. Nous ne nous arrêterons donc que brièvement sur certaines d'entre elles, à seule fin d'illustrer notre propos.

**6. La loi s'applique-t-elle aux contrats d'agence commerciale?** – L'article 2 de la loi définit les conditions auxquelles un accord contractuel est considéré comme étant de partenariat commercial<sup>20</sup>.

Cette article de la loi vise les accords conclus entre partenaires agissant en leur nom et pour compte propre.

On rappellera que le contrat d'agence est "*le contrat par lequel l'une des parties, l'agent commercial, est chargée de façon permanente, et moyennant rémunération, par l'autre partie, le commettant, sans être soumise à l'autorité de ce dernier, de la négociation et éventuellement de la conclusion d'affaires en nom et pour compte du commettant*"<sup>21</sup>.

Selon certains auteurs, "*les mots 'agissant en leur propre nom et pour leur propre compte' devraient être compris comme visant en réalité l'indépendance des parties l'une par rapport à l'autre*"<sup>22</sup>. Cette condition s'apprécierait donc dans les rapports entre parties dans le cadre de la négociation précontractuelle, et non dans les rapports ultérieurs d'une partie avec des tiers dans le cadre de l'exécution même du contrat conclu<sup>23</sup>.

Ainsi, le contrat d'agence serait soumis à l'application de la loi, dès lors que "*même s'il agit au nom et pour le compte du commettant, [l'agent] est un commerçant qui, dans le cadre de la négociation de son contrat d'agence et de son exécution, agit en son propre nom et pour son propre compte. Il ne faut pas confondre la condition légale d'application de la*

<sup>13</sup>. Voy. la Présentation de Me Joe Sepulchre, précitée note 73, p. 29; également A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, "La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial", *DAOR* 2006, pp. 103 et s., spéc. p. 104.

<sup>14</sup>. Voy. notamment la Proposition de loi réglementant le contrat de franchisage déposée par M. J. Delhay, *Doc. parl. Ch.* 1981-82, n° 855/001, ainsi que les Propositions de loi 0361/001, 0747/001 et 0924/001, *Doc. parl. Ch.* 2003-04, Doc. 51.

<sup>15</sup>. Loi 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, *J.O.* 2 janvier 1990, insérée à l'art. L. 330-3 du Code de commerce français.

<sup>16</sup>. Proposition de loi 0265/001 déposée par Mme A. Barzin et MM. S. Van Overtverldt et Ph. Collard, *Doc. parl. Ch.* 2003-04, Doc. 51.

<sup>17</sup>. Voy. en ce sens les interventions de l'UNIZO, de l'UCM, de la fédération belge de la franchise et de Me P. Demolin dans le cadre du Rapport, *o.c.*, pp. 9 et s.; *contra* Me Joe Sepulchre, précité.

<sup>18</sup>. Le législateur souhaitait, à ses dires mêmes, "*cerner une multitude de formes de collaboration commerciale, afin de ne pas établir une discrimination entre les différentes formules*" et éviter que "*une définition trop spécifique risque de ne pas inclure de nouvelles formules qui pourraient se développer à l'avenir*" (*Doc. parl. Ch.* 2004-05, Doc. 51, 1687/001, pp. 6-7).

<sup>19</sup>. Voy. A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *o.c.*, pp. 103 et s.; P. KILESTE et A. SOMERS, *o.c.*, pp. 253 et s.; S. CLAEYS, "Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten", *NjW* 2006, pp. 290 et s.; L. DU JARDIN, "Actualités en droit de la distribution", contribution dans le cadre du recyclage organisé par les Facultés Universitaires St-Louis le 9 novembre 2006, pp. 13 et s.; "Partenariat commercial et contrats de distribution", séminaire organisé par Vanham & Vanham le 8 juin 2006.

<sup>20</sup>. La 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 d'un savoir-faire;  
– une assistance commerciale ou technique".

<sup>21</sup>. Art. 1<sup>er</sup>, al. 1 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale.

<sup>22</sup>. P. KILESTE et A. SOMERS, *o.c.*, p. 259.

<sup>23</sup>. *Ibid.*

loi, qui prévoit que chaque partie doit agir en son propre nom et pour son propre compte dans le cadre de la conclusion du contrat, avec la définition du contrat d'agence, qui prévoit que l'agent agit au nom et pour le compte du commettant<sup>24</sup>.

On s'interrogera toutefois sur la pertinence du raisonnement. À ce compte-là, "même un travailleur, au moment de négocier son contrat de travail subordonné, agit encore en son nom et pour son compte"<sup>25</sup>.

Les tenants de cette interprétation se revendiquent de la volonté du législateur de donner à la loi le champ d'application le plus large possible. L'exclusion du contrat d'agence, à l'instar d'autres formules commerciales<sup>26</sup>, ne répondrait pas à cet objectif.

Cette interprétation de la loi ne résiste toutefois pas à l'analyse comparée des versions française et néerlandaise du texte de l'article 2. Cette dernière vise explicitement les accords conclus entre des personnes "die elk in eigen naam en voor eigen rekening werken" (nous soulignons). La loi ne concerne donc que les partenaires commerciaux qui, dans le cadre de l'accord de partenariat commercial qui les liera, "travaillent" pour leur propre compte et en leur propre nom, en vendant des produits ou en fournissant des services sous une des formes prévues par la loi<sup>27</sup>. La condition d'agir en son nom et pour son compte se réfère nécessairement à la position respective des parties, une fois l'accord de partenariat commercial conclu et l'activité qu'il vise lancée. S'il fallait considérer que cette condition se rapporte à la situation des futurs partenaires, au moment où ils négocient le contrat, il faudrait en conclure que le futur partenaire qui, à ce moment, n'exercerait encore aucune activité professionnelle ou économique et donc ne "travaille" pas, ne serait pas protégé par la loi. Voilà qui semble peu compatible avec la volonté affichée de secourir les candidats inexpérimentés.

Ce seul exemple illustre un constat amer: "plutôt que d'identifier à qui la nouvelle loi belge s'applique, il s'agit désormais de vérifier pour qui on peut démontrer qu'elle ne

s'applique pas. On est bien loin de la réglementation d'abord voulue par souci de protection du franchisé"<sup>28</sup>.

**7. La communication de l'information précontractuelle** – Aux termes de l'article 3 de la loi, la signature du contrat doit être précédée de la communication, non seulement du projet de contrat, mais également d'un document séparé, baptisé "document d'information précontractuelle", reprenant deux sortes d'informations: d'une part, les dispositions contractuelles importantes<sup>29</sup>, de l'autre, les informations permettant une appréciation correcte du contrat proposé<sup>30</sup>.

La loi organise un délai de réflexion d'un mois minimum<sup>31</sup> entre la transmission des informations et la conclusion du contrat<sup>32</sup>. Le vœu du législateur<sup>33</sup> est que les candidats mettent à profit ce laps de temps pour se renseigner, analyser la collaboration envisagée, et prendre le cas échéant conseil auprès de professionnels compétents. Ils devraient ainsi éviter "de venir voir (trop tard) les avocats, après avoir perdu leur investissement qui est souvent le fruit des économies de toute une vie"<sup>34</sup>. Aucun engagement précontractuel ne peut être pris pendant cette période de réflexion. Aucune obligation ne pourra être demandée, ni aucun paiement perçu<sup>35</sup>.

Une première observation s'impose: quel intérêt peut-il y avoir à soumettre au futur partenaire le projet d'accord alors que, simultanément, doit lui être communiqué un document reprenant toutes les dispositions contractuelles importantes? Certes, le projet d'accord peut apparaître plus complet que son avatar documentaire, car il pourrait contenir l'une ou l'autre clause supplémentaire. Toutefois, celles-ci ne peuvent, par définition, être "importantes", en sorte qu'on ne s'explique pas la nécessité, à leur égard, d'un délai de réflexion d'un mois.

Ce délai d'un mois paraît particulièrement long, à l'aune de la célérité de la vie des affaires. Il pourrait se révéler intenable – et désastreux – en cas de modification du projet d'accord ou du document d'information précontractuelle en cours de négociation, si le processus contractuel devait à

24. P. DEMOLIN, "Fiches pratiques", sur <http://www.droitbelge.be/fiches>.

25. L. DU JARDIN, *o.c.*, p. 15. Par ailleurs, le recours à une convention de prête-nom suffirait-il pour contourner la loi?

26. Notamment le contrat de commission, le contrat de courtage, ou encore celui de gérance libre (voy. pour plus de détails P. KILESTE et A. SOMERS, *o.c.*, p. 259 et A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *o.c.*, pp. 108 et s.).

27. Dans ce sens, voy. S. CLAEYS, *o.c.*, p. 298.

28. L. DU JARDIN, *o.c.*, p. 15. Nous laissons de côté la question supplémentaire de savoir si, en tout état de cause, l'agent paie une quelconque rémunération au commettant en échange du "droit" qui lui serait octroyé.

29. Art. 4, al. 1<sup>er</sup>.

30. Art. 4, al. 2.

31. Ce délai variera donc en fonction du nombre de jours du mois au cours duquel les informations sont communiquées, soit 28, 29, 30 ou 31 jours. Cette variabilité n'est guère propice à la sécurité juridique (P. HOLLANDER, "La nouvelle loi sur l'information précontractuelle: obligation d'information, document particulier et sanction", in *Partenariat commercial et contrats de distribution*, séminaire organisé par Vanham & Vanham le 8 juin 2006, pp. 5-6).

32. Art. 3.

33. *Doc. parl.* Ch. 2004-05, Doc. 51, 1687/001, p. 7.

34. J.-P. CLÉMENT, "Le contrat de franchise en droit français", in *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, ouvr. coll. sous la direction de B. PINCHART et J.-P. TRIAILLE, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 132; rendue en droit français, cette remarque vaut désormais aussi en droit belge.

35. Art. 3, al. 2.

chaque amendement, aussi minime soit-il, être suspendu durant un nouveau délai d'un mois.

Le but poursuivi par le législateur était de s'assurer que le partenaire réputé faible ne s'engage qu'en connaissance de cause, après avoir étudié les conditions qui lui étaient proposées, le cas échéant en s'entourant de conseils. Dans cette optique, le projet d'accord et le document d'information précontractuelle constitueront généralement l'amorce d'une discussion entre les futurs partenaires commerciaux; ils présenteront donc nécessairement un caractère évolutif.

Il serait dès lors contraire à l'esprit de la loi de sanctionner systématiquement les accords présentant des différences par rapport au projet initial et qui n'auraient, par hypothèse, pas été communiqués, dans leur forme ultime, au moins un mois avant leur conclusion. La partie qui "reçoit le droit" – et que le législateur entend protéger – est nécessairement informée de ce qu'elle-même propose. Elle l'est *a priori* tout autant de telle ou telle clause particulière sur laquelle elle s'est accordée, en cours de négociation, avec la partie qui octroie le droit. Décider néanmoins que même en pareil cas, un délai d'un mois devrait être respecté avant la signature du projet de contrat modifié, nous paraît exagérément formaliste et, pour tout dire, passablement contre-productif au vu du rythme actuel de la vie des affaires. En revanche, on pourrait comprendre qu'un nouveau délai court en cas de modifications substantielles aux conditions commerciales ou aux obligations du bénéficiaire du droit qui seraient imposées unilatéralement par la partie qui octroie le droit<sup>36</sup>.

#### 8. Sanctions liées au non-respect de la loi – L'article 5 de la loi sanctionne, sévèrement, le non-respect des dispositions légales. Deux hypothèses sont à distinguer:

- en cas de violation du prescrit de l'article 3, le bénéficiaire du droit d'exploiter une formule commerciale peut invoquer la nullité intégrale de l'accord dans les deux ans de la conclusion de celui-ci<sup>37</sup>. Il en ira ainsi si la communication de l'information n'a pas été effectuée dans la forme prescrite<sup>38</sup>, si le document d'information précontractuelle n'a pas été transmis, si la conclusion de l'accord est intervenue avant l'expiration du délai de réflexion ou si un engagement précontractuel quelconque a été pris dans ce délai<sup>39</sup>;

- lorsque le document d'information précontractuelle ne contient pas les dispositions contractuelles importantes visées à l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, celui qui a obtenu le droit peut demander la nullité des dispositions du contrat relatives aux données manquantes<sup>40</sup>. Les clauses contractuelles incriminées sont donc réputées inexistantes, le contrat continuant, en principe, à courir pour le surplus<sup>41</sup>.

La formulation lapidaire de cet article ne semble admettre aucun tempérament. La nullité prévue par la loi serait donc automatique. Que le juge, saisi d'une demande en nullité de l'accord ou d'une clause de celui-ci, constate la réalité du manquement – soit sur pied de l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, soit sur la base de l'article 5, alinéa 2 – et il serait tenu de prononcer la sanction, sans disposer d'un quelconque pouvoir d'appréciation.

Les juges sont-ils réellement privés de tout pouvoir d'appréciation?

Selon une doctrine majoritaire<sup>42</sup>, il serait exclu, *de lege lata*, que le juge assouplisse le prescrit légal, en exigeant des conditions supplémentaires à l'application de la nullité. Le juge ne pourrait donc subordonner la sanction à l'existence d'un vice de consentement, ou requérir que la violation alléguée de la loi occasionne réellement un dommage à la personne qui a reçu le droit.

Un amendement en ce sens, prévoyant que la nullité ne sanctionnerait l'absence de communication des informations requises que si ce défaut d'information avait vicié le consentement de la personne qui reçoit le droit, avait d'ailleurs été rejeté lors de la discussion du texte de loi au Sénat<sup>43</sup>.

Le risque existe alors de voir "certains partenaires indéli-cats profiter du système conçu en leur faveur pour se dégager de leurs engagements"<sup>44</sup>. Il serait de fait tentant, pour un franchisé de mauvaise foi, de rechercher à tout prix les éventuels manquements ou erreurs commis par son franchiseur dans la phase précontractuelle, afin d'invoquer la nullité du contrat et d'échapper ainsi à toutes ses obligations contractuelles<sup>45</sup>.

Ce danger n'est pas mince, d'autant plus que le législateur fait fi d'un corollaire pourtant essentiel à l'obligation d'information en droit commun: le devoir qui incombe au

<sup>36</sup> P. HOLLANDER, *o.c.*, pp. 4-5.

<sup>37</sup> Art. 5, 1<sup>o</sup>.

<sup>38</sup> L'art. 3 dispose que: "Le projet d'accord et le document particulier sont mis à disposition par écrit ou sur un support durable et accessible à la personne qui reçoit le droit".

<sup>39</sup> *Doc. parl.* Ch. 2004-05, Doc. 51, 1687/001, p. 9.

<sup>40</sup> Art. 5, 2<sup>o</sup>. La loi étant muette sur la question de la prescription, cette nullité ne doit pas être demandée dans le délai de 2 ans visé à l'art. 5, 1<sup>o</sup>. Conformément à l'art. 1304 du Code civil, cette demande pourra donc être introduite dans les 10 ans de la conclusion de l'accord.

<sup>41</sup> A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *o.c.*, p. 125.

<sup>42</sup> A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *o.c.*, pp. 127 et s.; P. KILESTE et A. SOMERS, *o.c.*, p. 264.

<sup>43</sup> Amendement de MM. Steverlynck et Brotcorne, *Doc. parl.* Sénat 2005-06, 27 octobre 2005, n<sup>o</sup> 3-1292/2, p. 4.

<sup>44</sup> A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *l.c.*

<sup>45</sup> *Ibid.* Ainsi, le franchisé pourrait-il récupérer le droit d'entrée versé en début de contrat, ou se voir déchargé de ses obligations de fin de contrat, dont, par exemple, la clause de non-concurrence (*ibid.*).

franchisé de s'informer, de se renseigner, dans la mesure de ses moyens. Le franchisé devrait "vérifier les informations qui lui sont transmises selon ses capacités effectives, lesquelles diffèrent suivant qu'il a ou non la qualité de professionnel au moment où il négocie le contrat"<sup>46</sup>.

Le tribunal de commerce de Mons décide ainsi qu'il paraît "invraisemblable qu'en commerçant avisé [...], le franchisé n'ait pas pris la peine d'examiner la comptabilité [des anciens exploitants]. Le commerçant ne peut s'exonérer de ses propres responsabilités – imprudences – en prétendant avoir agi en faisant une confiance aveugle à son futur partenaire"<sup>47</sup>.

Dans la nouvelle loi, ce tempérament essentiel "passe à la trappe"<sup>48</sup>. La ministre a ainsi précisé lors des travaux préparatoires, que "même si elles ne font pas preuve de la vigilance voulue lors de l'analyse des documents précontractuels, les personnes bénéficiant du droit peuvent bel et bien invoquer la nullité soit de la clause particulière soit du contrat en entier [...]"<sup>49</sup>.

Cette rigidité présumée de la sanction prévue par la loi risque donc de laisser la porte ouverte à des abus.

La comparaison avec le régime retenu en France est à cet égard intéressante. Dans les premières années qui suivirent l'adoption de la loi Doubin, les juridictions françaises prononçaient l'annulation du contrat en cas de violation même purement formelle de la loi<sup>50</sup>, par exemple, parce que la conclusion du contrat était intervenue 19 jours, et non 20 jours, après la communication des informations. Très vite cependant, la jurisprudence a tempéré cette rigueur, en décidant que le non-respect de l'obligation d'information précontractuelle ne pouvait entraîner la nullité du contrat de franchise<sup>51</sup> que si elle avait eu pour conséquence une erreur commise sur un élément substantiel du contrat ou si elle était constitutive de dol. La Cour de cassation française juge ainsi de façon constante que la nullité ne sera prononcée que si le manquement du débiteur de l'information a vicié le consentement du destinataire de cette information<sup>52</sup>.

En Belgique, en revanche, la doctrine semble considérer que, "dès que le juge constate que les conditions pour demander la nullité sont remplies, il doit la prononcer sans pouvoir exiger d'autres preuves de la part de la personne qui a reçu le droit"<sup>53</sup>.

Nous ne partageons pas cette lecture de la loi<sup>54</sup>. Le droit spécial instauré par la loi ne pourrait-il pas s'harmoniser avec la théorie générale des obligations?

Il importe de revenir à la *ratio legis* de la loi. L'objectif de celle-ci, maintes fois réaffirmé au cours des travaux préparatoires, est de permettre au partenaire qui bénéficiera du droit, de s'engager en pleine connaissance de cause. Il s'agit d'éviter qu'au terme de la phase précontractuelle, le futur partenaire se sente "utilisé, abusé ou trompé"<sup>55</sup>. Les notions d'erreur et de dol, qui fondent la théorie des vices de consentement, sous-tendent donc également le régime mis en place par la loi nouvelle.

Les dispositions évoquées de la loi sur le "partenariat commercial" doivent dès lors, à notre sens, s'entendre plus comme un aménagement du droit commun de la théorie des vices de consentement que comme une véritable exception à celui-ci. Sans supplanter le droit commun, elles en faciliteraient l'application, en renversant la charge de la preuve pendant le délai de deux ans prévu par la loi<sup>56</sup>. L'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information ferait présumer l'erreur dans le chef du créancier de l'information. Il appartiendrait dès lors au débiteur de cette obligation, pour échapper à la nullité, de prouver que son manquement n'a pas entraîné de vice de consentement<sup>57</sup>. Or, une telle preuve se révélerait difficile à apporter, lorsque l'information non communiquée était essentielle à l'appréciation correcte de l'accord. Il n'est donc pas à craindre que ce tempérament profite injustement au débiteur de l'information, au détriment de la nécessaire protection de son futur partenaire.

Cette interprétation, qui introduirait une souplesse bienvenue dans l'appréciation de la sanction, présente l'avantage

46. P. CRAHAY, "Le contrat de franchise", in *La distribution commerciale dans tous ses états*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1997, p. 141.

47. Comm. Mons 31 octobre 1996, (*inédit*) cité dans P. CRAHAY, *o.c.*, p. 142. Dans le même sens, Mons 13 janvier 2003, *J.L.M.B.* 2004, pp. 54 et s., suivi d'une note de P. KILESTE et C. STAUDT, et, en France, Colmar 9 mars 1990, *Dalloz* 1990, pp. 232 et s. suivi d'une note de BURST ("il n'y a obligation d'informer qu'à l'égard de celui qui n'est pas en mesure de s'informer [...], et le candidat franchisé qui est un professionnel de l'activité en cause doit encore moins attendre de son franchiseur que celui qui est un profane").

48. L. DU JARDIN, *o.c.*, p. 20.

49. *Doc. parl.* Ch. 2004-05, n° 51, 1687/005, pp. 69-70.

50. P. DEMOLIN, *o.c.*, p. 27.

51. Paris 14 novembre 1997, cite dans P. DEMOLIN, *ibid.*

52. *Voy. Cass. fr.* 10 février 1998, *Petites Affiches* 23 septembre 1998, p. 18, note M. MALAURIE-VIGNAL et P. PETITIER; *Cass. fr.* 19 octobre 1999, *Petites Affiches* 3 juillet 2000, p. 15; *Cass. fr.* 11 janvier 2000, *Petites Affiches* 3 juillet 2000, p. 13; *Cass. fr.* 16 mai 2000, *Petites Affiches* 8 mars 2001, p. 13, note N. MATHEY.

53. A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *o.c.*, p. 128.

54. *Voy. également*: P. HOLLANDER, *o.c.*, p. 4.

55. *Doc. parl.* Ch. 2004-05, Doc. 51, 1687/001, p. 7.

56. On notera que l'amendement proposé par les sénateurs Steverlynck et Brotcorne préconisait quant à lui que la charge de la preuve repose, conformément au droit commun des vices de consentement, sur le créancier de l'information. On rejoint alors l'objection de Mmes MOTTET HAUGAARD et VERHULST: "quel serait l'intérêt du législateur d'adopter une loi qui se limiterait à reprendre les principes généraux du droit commun?" (*o.c.*, p. 128).

57. *Voy. en ce sens en France* H. KENFACK, note sous *Cass. fr. (comm.)* 14 janvier 2003, *Dalloz* 2003, n° 33, pp. 2304 et s., et spéc. p. 2306.

de reconnaître au juge un rôle actif dans l'application de la loi.

**9. Application: respect formel de la loi, information incorrecte et appréciation marginale** – La nullité s'attache au non-respect formel de la loi. Sous les réserves que nous avons formulées plus haut *de lege ferenda*, la nullité du contrat pourrait être prononcée à défaut pour le document d'information précontractuelle de respecter le prescrit de l'article 4 § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> de la loi.

L'article 4 § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> semble toutefois avoir été oublié par le législateur. L'obligation de fournir les informations reprises à cet article n'est en effet pas visée par l'article 5.

Au cours des discussions parlementaires, les sénateurs Steverlyncx et Brotcorne relevaient que *“l'article 3 fait explicitement référence aux données visées à l'article 4, si bien que l'absence de chacune de celles-ci peut entraîner également la nullité de l'ensemble de l'accord. D'autre part, s'agissant des données visées à l'article 4 § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, le projet prévoit que la nullité de dispositions particulières peut être invoquée”*<sup>58</sup>. Et de s'interroger: l'article 5, alinéa 2 est-il superflu, *“dès lors qu'une partie contractante a de toute manière le droit d'invoquer la nullité d'une seule disposition si elle peut faire valoir, pour le même motif, la nullité de l'ensemble de l'accord”*<sup>59</sup>?

La ministre des Classes Moyennes a précisé en réponse que la distinction s'imposait entre les deux alinéas de l'article 5. Le premier sanctionne le non-respect des formalités prévues à l'article 3. Il ne concerne en revanche pas les dispositions de fond qui font l'objet de l'article 4, visées par l'article 5, alinéa 2<sup>60</sup>. Celui-ci constituerait donc une *lex specialis* qui dérogerait au régime général porté par l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>.

La réponse de la ministre laisse perplexe. De fait, l'article 3 de la loi reprend, parmi ce qui semble devoir être qualifié de *“formalité”*, la remise d'un document particulier *“reprenant les données visées à l'article 4”*, et donc les données économique-financières énumérées à l'article 4 § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>. Il s'ensuivrait que l'absence d'un des onze éléments d'information repris dans cette disposition pourrait justifier la nullité de l'ensemble de l'accord.

En outre, selon certains commentateurs de la loi, qui se basent sur les travaux préparatoires, une information erronée équivaldrait à une absence d'information<sup>61</sup>. Le gouvernement avait en effet confirmé, lors des débats parlementaires, la thèse selon laquelle *“lorsque certaines informations sont fournies (respect formel de la loi) mais que le contenu de ces*

*informations n'est pas correct [...] il faut en conclure que cette situation équivaut à celle où l'information n'a pas été fournie du tout”*<sup>62</sup>.

Peu importe, à suivre cette opinion, que ces erreurs ou ces omissions soient volontaires ou non, et ce même pour les données dont l'établissement ou la communication peuvent se révéler délicates, telles que les études de marché. Selon A. Mottet Haugaard et M. Verhulst, *“il incombe à la personne qui octroie le droit d'évaluer correctement et précisément le marché, notamment en termes de rentabilité”*<sup>63</sup>.

En France, l'article 330-3 L du Code de commerce dispose que *“toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne [...] est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause”*. La loi française sanctionne donc également le contenu de l'information. Les informations transmises doivent permettre au franchisé de s'engager en connaissance de cause; seraient-elles inexactes, qu'elles ne pourraient que difficilement atteindre un tel but<sup>64</sup>.

Force est toutefois de constater que la loi belge ne contient pas de disposition expresse sanctionnant l'inexactitude d'une information. En conclure purement et simplement que toute information incorrecte équivaut à une absence d'information et est nécessairement susceptible d'entraîner la nullité du contrat nous paraît toutefois aller trop loin.

Cette sévérité se justifierait d'autant moins qu'aux dires mêmes de ses partisans, *“s'il est interdit de retenir consciemment certaines informations, [...] il n'est pas demandé à la personne qui octroie le droit [...] d'inventer des données dont elle ne dispose pas ou qu'elle n'est pas à même d'obtenir facilement. Il suffirait, dans ce cas, de préciser dans le DIP les motifs d'absence de la délivrance d'une ou plusieurs informations prévues”*<sup>65</sup>.

Cette approche purement formaliste de la loi risquerait toutefois de dénaturer l'obligation d'information, en privant de tout contenu le document d'information précontractuelle, qui s'assimilerait alors à une *“coquille vide”*.

C'est donc, nous semble-t-il, à l'aune de la *sincérité* de l'information que le juge devrait exercer son appréciation marginale, en ne sanctionnant que les informations volontairement inexactes ou manifestement incorrectes au jour de la rédaction du document d'information précontractuelle.

<sup>58</sup> Doc. parl. Sénat 2005-06, n° 3-1292/4, p. 5.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Ibid., p. 6.

<sup>61</sup> Voy. notamment A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *o.c.*, p. 124 et P. KILESTE et A. SOMERS, *o.c.*, p. 264.

<sup>62</sup> Intervention de M. Dylan Casaer, Doc. parl. Ch., Doc. 51, 1687/005, p. 69.

<sup>63</sup> A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *o.c.*, p. 120.

<sup>64</sup> H. KENFACK, *o.c.*, p. 2305.

<sup>65</sup> A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, *o.c.*, p. 118.

Il s'agira dès lors de faire le départ entre les informations dont la partie qui octroie le droit disposait ou aurait dû raisonnablement disposer à l'entame des négociations, et celles dont la teneur dépend d'éléments aléatoires ou prévisionnels qui demeurent nécessairement grevés d'incertitude. Seules les premières, si elles sont occultées, tronquées ou omises, pourraient, à notre sens, être assimilées à des informations non communiquées.

Cette interprétation se situerait au demeurant dans le fil de la loi-type Unidroit sur la divulgation des informations en matière de franchise<sup>66</sup>. Celle-ci dispose, en son article 8 B, que si le document d'information "*contient une déclaration d'un fait essentiel tendant à induire en erreur*", le franchisé peut poursuivre l'annulation du contrat, sans préjudice de dommages et intérêts. L'article 2 définit la "*déclaration tendant à induire en erreur*" comme "*l'énoncé d'un fait dont son auteur savait ou aurait dû savoir au moment où il l'a formulé qu'il n'était pas véridique*". Aux termes du Rapport explicatif<sup>67</sup>, la notion s'entend non seulement des fausses déclarations intentionnelles, mais également de celles faites sans l'attention suffisante de la part de leur auteur. Les déclarations erronées dont l'auteur n'avait pas conscience<sup>68</sup> ne sont en revanche pas visées.

Le juge pourrait ainsi prononcer la nullité de l'ensemble de l'accord que celui-ci n'aie pas été communiqué, ne l'ait été que partiellement, ou reprenne des informations erronées. Cette sanction s'entend néanmoins toujours des réserves de *lege ferenda* que nous avons formulées précédemment.

**10. Conclusion** – Jusqu'à l'adoption de la loi du 19 décembre 2005, la jurisprudence exerçait seule, sous l'empire du droit commun, la police de l'information précontractuelle en matière de franchise.

Le devoir d'information était alors soumis aux principes cardinaux du droit des contrats et des obligations, comme l'illustre l'arrêt, déjà évoqué, de la cour d'appel de Mons publié ci-après.

La sanction n'intervenait toutefois qu'*a posteriori*, alors que le manque ou l'imprécision de l'information précontractuelle avait déjà conduit à des situations irrémédiables.

Le législateur a donc souhaité non seulement remédier à ces issues dramatiques, mais surtout les prévenir, en protégeant la partie réputée faible du contrat – autrement dit, le franchisé – par une transparence renforcée de l'information précontractuelle.

Si l'intention était louable, force est de constater que sa mise en œuvre législative dessert l'objectif initial.

En assignant à la loi un champ d'application aussi large que possible, le législateur espérait faire œuvre à long terme, en vue d'inclure "*les nouvelles formules qui pourraient se développer à l'avenir*"<sup>69</sup>. Cependant, cette définition vague malmène la sécurité juridique plus qu'elle ne la rétablit. Dans le doute, celui qui concède un droit d'utiliser une formule commerciale, quelle qu'elle soit, aura intérêt à se conformer désormais aux nouvelles procédures instituées par la loi. Voilà qui alourdira encore certaines réglementations – on songe à la loi sur les contrats d'agence commerciale – pour lesquelles le législateur belge n'a, dès l'origine, pas eu la main légère. Ce n'est pas ainsi que l'on favorise la vie des affaires...

Quant au franchisé, premier bénéficiaire de la loi, il n'est pas certain qu'il soit mieux loti sous le nouveau régime que sous l'empire du droit commun.

Certes, la loi a le mérite de préciser désormais les informations essentielles qui doivent être communiquées. Elle constitue certainement un moyen de pression pour forcer le franchiseur à transmettre les informations<sup>70</sup>. L'énumération en est toutefois fastidieuse, et souvent hermétique; elle implique une telle complétude et un tel souci du détail que l'on doute que chaque franchiseur soit à même de se conformer parfaitement à ses obligations<sup>71</sup>. Il suffirait toutefois au franchiseur de mentionner la raison de la non-communication d'une ou plusieurs informations pour avoir, formellement, satisfait à son obligation d'information au regard de la loi. Le document d'information précontractuelle se transformerait ainsi vite en une coquille vide, privée de réel contenu.

Pour pallier cette application purement formaliste de la loi, il appartiendrait au juge d'exercer son pouvoir d'appréciation. Il s'en verrait toutefois privé, s'il fallait admettre, à l'instar de la majorité de la doctrine, que l'application de la sanction de nullité prévue par la loi serait automatique.

En outre, cet automatisme de la sanction déresponsabilise, de manière regrettable, le franchisé.

Le devoir de s'informer est en effet le corollaire essentiel du devoir d'information. On se rappellera que même les lois protectrices des consommateurs, parties faibles par excellence, s'analysent à l'aune de cette réciprocité: "*le client ne peut se borner à invoquer son ignorance, encore faut-il que celle-ci soit légitime ou excusable et l'on doit se poser la question de savoir si le créancier de l'obligation d'informa-*

<sup>66</sup>. Loi-type sur la divulgation des informations en matière de franchise, septembre 2002, disponible sur <http://www.unidroit.org/french/modellaws/main.htm>.

<sup>67</sup>. Rapport explicatif, p. 20.

<sup>68</sup>. Visées en Common law par le terme "*innocent misrepresentation*".

<sup>69</sup>. *Doc. parl.*, déjà cité note 81.

<sup>70</sup>. S. CLAEYS, *o.c.*, pp. 301-302.

<sup>71</sup>. Ainsi, notamment, de la description de "*l'historique, l'état et les perspectives du marché où les activités s'exercent*", ainsi que "*de la part de marché du réseau*", le tout "*d'un point de vue général et local*" (L. DU JARDIN, *o.c.*, p. 17).

tions ou de renseignements avait la faculté de connaître ou de pouvoir connaître l'information ayant fait défaut, sans qu'on ne doive lui demander de procéder à des investigations trop poussées"<sup>72</sup>. Le devoir d'information, pour qu'il soit efficace, exige, à notre sens, de chaque partie qu'elle assume pleinement ses responsabilités dans l'élaboration du contrat. Au franchiseur d'informer, complètement et de bonne foi, le franchisé; à celui-ci de vérifier ces informa-

tions, d'en exiger des compléments, et, le cas échéant, d'en tirer les conséquences pour requérir des adaptations du contrat.

Gageons que nos cours et tribunaux ne se laisseront pas enfermer dans un formalisme rigide et inadapté et sauront faire la part des choses sous l'égide des bons vieux principes du Code civil.

---

<sup>72</sup> J.-P. BUYLE et A. WILLEMS, "La responsabilité professionnelle des banquiers dans l'établissement et l'utilisation des documents", *Rev. dr. U.L.B.* 1992, p. 163.