

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

TUSSENPERSONEN (HANDEL)/INTERMÉDIAIRES COMMERCIAUX

### Examen de jurisprudence. La Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée

(Juillet 2002 à décembre 2008)

*Patrick Kileste et Pascal Hollander*

|  |     |
|--|-----|
| <b>Introduction</b> .....  | 190 |
| <b>Chapitre I. Définition de la concession exclusive de vente et différence avec les contrats voisins</b> .....    | 190 |
| <i>Section 1. Définition</i> .....   | 190 |
| <i>Section 2. Preuve</i> .....   | 193 |
| <i>A. Cas où l'existence d'un contrat de concession a été retenue</i> .....  | 194 |
| <i>B. Cas où l'existence d'un contrat de concession n'a pas été retenue.</i> .....                                 | 195 |
| <i>Section 3. Contrats hybrides</i> .....  | 197 |
| <i>Section 4. Concession de vente et contrats voisins</i> .....  | 197 |
| <i>Section 5. Le contrat de concession est-il un contrat intuitu personae?</i> .....                               | 198 |
| <b>Chapitre II. Les catégories de concessions soumises à la loi.</b> .....   | 199 |
| <i>Section 1. Les concessions exclusives</i> .....   | 199 |
| <i>Section 2. Les concessions quasi-exclusives</i> .....   | 200 |
| <i>Section 3. Les concessions imposant au concessionnaire des obligations importantes</i> .....                    | 200 |
| <i>Section 4. Les sous-concessions</i> .....   | 201 |
| <b>Chapitre III. Les contrats à durée déterminée</b> .....   | 202 |
| <b>Chapitre IV. La faute grave</b> .....   | 203 |
| <i>Section 1. La résiliation pour faute grave</i> .....  | 203 |
| <i>Section 2. Conséquences de la rupture pour faute grave: loi du 27 juillet 1961 ou droit commun</i> .....        | 205 |
| <i>Section 3. Les clauses résolutoires expresses: les pactes commissaires et les conditions résolutoires</i> ..... | 206 |
| <i>A. Principes</i> .....  | 206 |
| <i>B. Octroi d'une période de transition.</i> .....  | 206 |
| <i>C. Cas d'application.</i> .....   | 206 |
| <i>D. Contrôles encore possibles</i> .....   | 206 |
| <i>Section 4. La caducité du contrat</i> .....   | 207 |
| <i>Section 5. Acte équipollent à rupture</i> .....   | 208 |
| <b>Chapitre V. La résiliation sans motif grave: le choix entre le préavis et l'indemnité</b> .....                 | 209 |
| <i>Section 1. Le choix et les conséquences du choix</i> .....  | 209 |
| <i>A. Rappel des principes</i> .....   | 209 |
| <i>B. L'invitation à négocier la durée du préavis.</i> .....   | 209 |
| <b>Chapitre VI. L'intervention du juge des référés</b> .....   | 209 |
| <i>Section 1. Sur le pouvoir du juge des référés de suspendre les effets de la résiliation</i> .....               | 209 |
| <i>Section 2. Sur les autres mesures pouvant être prises par le juge des référés</i> .....                         | 211 |
| <b>Chapitre VII. Préavis et indemnité compensatoire de préavis.</b> .....  | 211 |
| <i>Section 1. La détermination de la durée du préavis</i> .....  | 211 |
| <i>A. Définition du préavis raisonnable</i> .....  | 211 |
| <i>B. Validité d'un préavis minimum</i> .....  | 213 |

|  |     |
|--|-----|
| C. Critères d'appréciation . . . . .   | 213 |
| D. Recensement . . . . .   | 216 |
| E. Résiliation par le concessionnaire . . . . .  | 217 |
| <b>Section 2. Le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis</b> . . . . .  | 218 |
| A. Influence de facteurs postérieurs à la notification de la résiliation sur la détermination de la durée du préavis raisonnable . . . . .     | 218 |
| B. Appréciation in concreto ou in abstracto? . . . . .   | 219 |
| C. Calcul effectif . . . . .   | 220 |
| <b>Section 3. Les obligations des parties en cours de préavis</b> . . . . .  | 222 |
| <b>Section 4. Droit commun</b> . . . . .   | 222 |
| <b>Chapitre VIII. L'indemnité complémentaire</b> . . . . .   | 224 |
| <b>Section 1. Considérations générales</b> . . . . .   | 224 |
| <b>Section 2. L'indemnité pour plus-value notable de clientèle</b> . . . . .   | 224 |
| A. Rappel des principes . . . . .  | 224 |
| B. Plus-value notable . . . . .  | 225 |
| C. Apport par le concessionnaire . . . . .   | 226 |
| D. Clientèle restant acquise au concédant . . . . .  | 227 |
| E. Calcul de l'indemnité . . . . .   | 228 |
| <b>Section 3. L'indemnité pour frais</b> . . . . .   | 229 |
| <b>Section 4. L'indemnité pour débits dus au personnel licencié</b> . . . . .  | 229 |
| <b>Section 5. Autres indemnités</b> . . . . .  | 230 |
| <b>Chapitre IX. Le stock et l'outillage</b> . . . . .  | 231 |
| <b>Section 1. Dans le silence du contrat</b> . . . . .   | 231 |
| <b>Section 2. En présence d'une disposition contractuelle régissant la question</b> . . . . .  | 232 |
| <b>Chapitre X. Caractère impératif de la loi</b> . . . . .   | 233 |
| <b>Chapitre XI. Champ d'application territorial de la loi</b> . . . . .  | 233 |
| <b>Section 1. Concession produisant ses effets en Belgique et à l'étranger</b> . . . . .   | 233 |
| <b>Section 2. Concession produisant ses effets exclusivement à l'étranger</b> . . . . .  | 234 |
| <b>Chapitre XII. Compétence territoriale</b> . . . . .   | 235 |
| <b>Chapitre XIII. Arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation de contrats de concession de vente soumis à la loi de 1961</b> . . . . . | 239 |
| <b>Chapitre XIV. La distribution automobile – Conflit entre la loi belge et les règlements européens</b> . . . . .                             | 242 |
| <b>Section 1. Généralités</b> . . . . .  | 242 |
| <b>Section 2. Contrats à durée déterminée</b> . . . . .  | 242 |
| <b>Section 3. Contrats à durée indéterminée</b> . . . . .  | 243 |
| <b>Section 4. Conditions résolutoires expresses</b> . . . . .  | 243 |

## INHOUDSTAFEL

|  |     |
|--|-----|
| <b>Inleiding</b> . . . . .   | 190 |
| <b>Hoofdstuk I. Definitie van de concessie van alleenverkoop en verschil met aanverwante contracten.</b> . . . . . | 190 |
| <b>Afdeling 1. Definitie</b> . . . . .   | 190 |
| <b>Afdeling 2. Bewijs</b> . . . . .  | 193 |
| A. Gevallen waarin het bestaan van een concessieovereenkomst werd weerhouden . . . . .                             | 194 |
| B. Gevallen waarin het bestaan van een concessieovereenkomst niet werd weerhouden . . . . .                        | 195 |
| <b>Afdeling 3. Gemengde contracten</b> . . . . .   | 197 |
| <b>Afdeling 4. Verkoopconcessie en aanverwante contracten</b> . . . . .  | 197 |
| <b>Afdeling 5. Heeft de concessieovereenkomst een intuitu personae karakter?</b> . . . . .                         | 198 |
| <b>Hoofdstuk II. De categorieën van concessies onderworpen aan de wet</b> . . . . .                                | 199 |
| <b>Afdeling 1. Exclusieve concessieovereenkomsten</b> . . . . .  | 199 |
| <b>Afdeling 2. Quasi-exclusieve concessieovereenkomsten</b> . . . . .  | 200 |
| <b>Afdeling 3. Concessies die de concessiehouder zware verplichtingen opleggen</b> . . . . .                       | 200 |
| <b>Afdeling 4. Onderconcessies</b> . . . . .   | 201 |
| <b>Hoofdstuk III. Overeenkomsten van bepaalde duur</b> . . . . .   | 202 |
| <b>Hoofdstuk IV. Grove fout</b> . . . . .  | 203 |
| <b>Afdeling 1. Beëindiging wegens grove fout</b> . . . . .   | 203 |

|   |     |
|---|-----|
| <i>Afdeling 2. Gevolgen van de beëindiging wegens grove fout: de wet van 27 juli 1961 of het gemeen recht</i> . . . . .   | 205 |
| <i>Afdeling 3. Uitdrukkelijke ontbindingsclausules: commissaire bedingen en ontbindingsvoorwaarden</i> . . . . .  | 206 |
| <i>A. Principes</i> . . . . .   | 206 |
| <i>B. Toekennen van een overgangperiode</i> . . . . .   | 206 |
| <i>C. Toepassingsgeval</i> . . . . .  | 206 |
| <i>D. Andere mogelijke controles</i> . . . . .  | 206 |
| <i>Afdeling 4. Verval van de overeenkomst</i> . . . . .   | 207 |
| <i>Afdeling 5. Handeling die neerkomt op verbreking</i> . . . . .   | 208 |
| <b>Hoofdstuk V. Beëindiging zonder grove fout: de keuze tussen een opzeggingstermijn en schadevergoeding</b> . . . . .  | 209 |
| <i>Afdeling 1. De keuze en gevolgen van zulke keuze</i> . . . . .   | 209 |
| <i>A. Ter herinnering: de principes</i> . . . . .   | 209 |
| <i>B. De uitnodiging om de duur van de opzeggingstermijn te onderhandelen</i> . . . . .   | 209 |
| <b>Hoofdstuk VI. Tussenkost van de kortgedingrechter</b> . . . . .  | 209 |
| <i>Afdeling 1. De macht van de kortgedingrechter om de effecten van de beëindiging te schorsen</i> . . . . .  | 209 |
| <i>Afdeling 2. Andere maatregelen die door de kortgedingrechter bevolen kunnen worden</i> . . . . .   | 211 |
| <b>Hoofdstuk VII. Opzeggingstermijn en compensatoire opzeggingsvergoeding</b> . . . . .   | 211 |
| <i>Afdeling 1. De bepaling van de duur van de opzeggingstermijn</i> . . . . .   | 211 |
| <i>A. De redelijke opzeggingstermijn: definitie</i> . . . . .   | 211 |
| <i>B. Geldigheid van een minimum opzeggingstermijn</i> . . . . .  | 213 |
| <i>C. Beoordelingscriteria</i> . . . . .  | 213 |
| <i>D. Berekening</i> . . . . .  | 216 |
| <i>E. Beëindiging door de concessiehouder</i> . . . . .   | 217 |
| <i>Afdeling 2. De berekening van de compensatoire opzeggingsvergoeding</i> . . . . .  | 218 |
| <i>A. Invloed van factoren van na de kennisgeving van beëindiging op de bepaling van de duur van de redelijke opzeggingstermijn</i> . . . . .                               | 218 |
| <i>B. Een beoordeling in concreto of in abstracto?</i> . . . . .  | 219 |
| <i>C. De eigenlijke berekening</i> . . . . .  | 220 |
| <i>Afdeling 3. De verplichtingen van de partijen gedurende de opzeggingstermijn</i> . . . . .   | 222 |
| <i>Afdeling 4. Gemeen recht</i> . . . . .   | 222 |
| <b>Hoofdstuk VIII. Aanvullende schadevergoeding</b> . . . . .   | 224 |
| <i>Afdeling 1. Algemene bedenkingen</i> . . . . .   | 224 |
| <i>Afdeling 2. Schadevergoeding voor bekende weerwaarde van cliënteel</i> . . . . .   | 224 |
| <i>A. Ter herinnering: de principes</i> . . . . .   | 224 |
| <i>B. Bekende meerwaarde</i> . . . . .  | 225 |
| <i>C. Aangebracht door de concessiehouder</i> . . . . .   | 226 |
| <i>D. Cliënteel dat aan de concessiegever verblijft</i> . . . . .   | 227 |
| <i>E. Berekening van de vergoeding</i> . . . . .  | 228 |
| <i>Afdeling 3. Vergoeding voor onkosten</i> . . . . .   | 229 |
| <i>Afdeling 4. Vergoeding voor rouwgeld verschuldigd aan ontslagen personeel</i> . . . . .  | 229 |
| <i>Afdeling 5. Andere vergoedingen</i> . . . . .  | 230 |
| <b>Hoofdstuk IX. Stock en materiaal</b> . . . . .   | 231 |
| <i>Afdeling 1. In geval van stilzwijgen van het contract</i> . . . . .  | 231 |
| <i>Afdeling 2. In geval van regeling via een expliciete clause in het contract</i> . . . . .  | 232 |
| <b>Hoofdstuk X. Dwingend karakter van de wet</b> . . . . .  | 233 |
| <b>Hoofdstuk XI. Territoriaal toepassingsgebied van de wet</b> . . . . .  | 233 |
| <i>Afdeling 1. Concessie met effect in België en in het buitenland</i> . . . . .  | 233 |
| <i>Afdeling 2. Concessie met effect louter in het buitenland</i> . . . . .  | 234 |
| <b>Hoofdstuk XII. Territoriale bevoegdheid</b> . . . . .  | 235 |
| <b>Hoofdstuk XIII. Arbitreerbaarheid van geschillen die betrekking hebben op de beëindiging van contracten van alleenverkoop die onder de wet van 1961 vallen</b> . . . . . | 239 |
| <b>Hoofdstuk XIV. Distributie in de automobielsector - Conflict tussen de Belgische wet en de Europese regelgeving</b> . . . . .  | 242 |
| <i>Afdeling 1. Algemeen</i> . . . . .   | 242 |
| <i>Afdeling 2. Overeenkomsten van bepaalde duur</i> . . . . .   | 242 |
| <i>Afdeling 3. Overeenkomsten van onbepaalde duur</i> . . . . .   | 243 |
| <i>Afdeling 4. Uitdrukkelijke ontbindingsvoorwaarden</i> . . . . .  | 243 |

## INTRODUCTION

1. Le présent examen de jurisprudence constitue le prolongement des examens publiés dans cette revue en 1993<sup>1,2</sup>, 1998<sup>3</sup> et 2003<sup>4</sup>, qui, cumulativement, ont couvert la période s'étendant du 1<sup>er</sup> janvier 1987 au 30 juin 2002. Il porte sur la période s'étendant du 1<sup>er</sup> juillet 2002 au 31 décembre 2008, ainsi que, exceptionnellement, sur des décisions antérieures au 1<sup>er</sup> juillet 2002 mais qui n'ont été publiées qu'ensuite. Comme à l'accoutumée, dans un souci de continuité, le présent examen de jurisprudence reposera, globalement, sur la même structure que les examens précédents.

2. À l'inverse par contre des précédents examens, et à la demande de la *Revue de droit commercial*, cette étude ne portera que sur la jurisprudence publiée et n'englobera qu'exceptionnellement un inédit. Cet examen portera ainsi sur environ 90 décisions. Au cours de la période examinée, la jurisprudence a connu d'importantes évolutions, marquées notamment par différents arrêts de la Cour de cassation, qui témoignent de ce que, près de 50 ans après son adoption, la loi du 27 juillet 1961 suscite encore réflexions et polémiques, ainsi qu'en témoigne du reste également la publication, aux côtés de nos examens réguliers, de chroniques de jurisprudence consacrées à la matière<sup>5</sup>.

## CHAPITRE I. DÉFINITION DE LA CONCESSION EXCLUSIVE DE VENTE ET DIFFÉRENCE AVEC LES CONTRATS VOISINS

### Section 1. Définition

3. Comme nous l'avons déjà rappelé dans nos précédents examens<sup>6</sup>, la protection découlant de l'application de la loi du 27 juillet 1961 à un contrat de distribution est soumise à des conditions relativement restrictives puisque seule une concession exclusive, quasi-exclusive ou entraînant pour le concessionnaire des obligations importantes<sup>7</sup> bénéficiera de cette protection, à condition, de surcroît, qu'une telle concession ait été conclue pour une durée indéterminée ou considérée comme telle<sup>8</sup>.

4. Nous avons déjà souligné que, avant de se poser la question des indemnités pouvant résulter de la résiliation d'une relation de distribution présentant éventuellement les

apparences d'une concession soumise à la loi, la première question à examiner est de vérifier que cette relation constitue bien un contrat de concession de vente<sup>9</sup>.

Certaines décisions entretiennent encore une certaine confusion entre la nécessité d'être en présence d'un contrat de concession et les autres conditions requises par la loi du 27 juillet 1961, en particulier l'exigence d'une concession "exclusive" ou celle "d'obligations importantes"<sup>10</sup>.

5. Dans cette analyse des éléments constitutifs du contrat de concession, nous avons déjà souligné antérieurement<sup>11</sup> qu'il est fréquemment fait référence à la notion de "contrat-cadre" en vertu duquel le concédant conclut avec le concessionnaire une succession de contrats de vente relatifs à un ou

<sup>1.</sup> Les auteurs tiennent à exprimer leur reconnaissance chaleureuse à Cécile Staudt et Cécile Moulin, avocates au barreau de Bruxelles, pour la précieuse collaboration qu'elles leur ont apportée dans la préparation du présent examen.

<sup>2.</sup> P. KILESTE et P. HOLLANDER, "Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1987 à 1992)", *R.D.C.* 1993, pp. 33 et s. Ci-après, nous y référerons sous le terme "Examen 1993", cet examen constituant lui-même le prolongement de l'examen rédigé par J.-P. FIERENS et P. KILESTE, "Chronique de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1977-1986)", *J.T.* 1987, p. 693.

<sup>3.</sup> P. KILESTE et P. HOLLANDER, "Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1992 à 1997)", *R.D.C.* 1998, pp. 3 à 50. Ci-après, nous y référerons sous le terme "Examen 1998".

<sup>4.</sup> P. KILESTE et P. HOLLANDER, "Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1997 à 2002)", *R.D.C.* 2003, pp. 411 et s. Ci-après, nous y référerons sous le terme "Examen 2003".

<sup>5.</sup> M. WILLEMART et S. WILLEMART, "Chronique de jurisprudence. La résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée déterminée (1997-2007)", *J.T.* 2008, p. 2; J.-P. FIERENS, A. MOTTET HAUGAARD, T. FAELLI et S. GRIESS, "Chronique de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1997-2007)", *Dossiers J.T.*, Larcier, n° 70, 2008; ainsi que, en matière de distribution automobile, D. VAN BUNNEN, "Chronique de jurisprudence. La distribution automobile (1998-2005)", *Dossiers J.T.*, Larcier, n° 61, 2007.

<sup>6.</sup> Examen 1998, n° 5; Examen 2003, n° 3.

<sup>7.</sup> Art. 1 de la loi.

<sup>8.</sup> En application de l'art. 3bis de la loi.

<sup>9.</sup> Sur cette question, voy. notamment P. KILESTE et C. STAUDT, "Champ d'application de la loi du 27 juillet 1961 et notion de concession de vente", *J.L.M.B.* 2007, p. 1227.

<sup>10.</sup> Bruxelles 2 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 999; Bruxelles 17 novembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1007; Liège 4 mai 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 491; Comm. Termonde 24 novembre 2003, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2004, p. 240.

<sup>11.</sup> Examen 2003, n° 6; P. KILESTE, "La concession de vente", in *La distribution commerciale dans tous ses états*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, n° 8.

plusieurs produits déterminés<sup>12</sup> mais qui se distingue des conventions d'achat-vente successives.

Sur ce point, la Cour de cassation a, au cours de la période examinée, rendu un arrêt important qui confirme cette approche. Dans un arrêt du 22 décembre 2005<sup>13</sup>, la Cour, après avoir rappelé la définition légale de la concession de vente telle que figurant à l'article 1<sup>er</sup> § 1<sup>er</sup> de la loi, a jugé "qu'une telle concession de vente constitue une convention-cadre qui se distingue des conventions d'achat-vente successives conclues entre le concédant et le concessionnaire au cours de l'exécution de la concession et qui ne s'y identifie pas".

6. Cette notion de convention-cadre est fréquemment mise en avant par la jurisprudence<sup>14</sup>. Elle vient donc préciser la notion de réservation au concessionnaire du droit de vendre les produits du fabricant prévue à l'article 2 de la loi. Comme nous l'avons déjà souligné<sup>15</sup>, cette notion de "réservation" du droit de vendre peut être approchée sous différentes autres facettes.

7. L'une d'entre elles, liée à cette notion de convention-cadre, est le caractère continu et organisé des relations.

Il est ainsi fréquemment rappelé que le contrat de concession requiert l'existence d'une relation commerciale "permanente et organisée"<sup>16</sup>, en ce que le contrat de concession "se caractérise par la continuité et l'organisation des rapports entre concédant et concessionnaire; la concession de vente exige la mise en place d'une relation permanente à caractère organique structuré ayant pour objectif de promouvoir la vente des produits du concédant dans l'intérêt des deux parties"<sup>17</sup>.

Pour le tribunal de commerce de Mons: "Il n'y a concession que si le contrat synallagmatique qui constitue le cadre structuré et la cause voulue de part et d'autre d'une suite d'opérations échelonnées dans le temps réserve au concessionnaire le droit d'acheter et de vendre des pro-

duits fournis par le concédant."<sup>18</sup>

Dans différents arrêts, la cour d'appel de Liège énonce que "la concession implique une relation 'permanente et organisée'" et "n'existe que si le vendeur dispose de droits spéciaux, c'est-à-dire par le fait que le droit de vendre lui a été conventionnellement réservé..."<sup>19</sup>. Reprenant les termes d'un jugement inédit du tribunal de commerce de Turnhout<sup>20</sup> cité dans notre précédent examen<sup>21</sup>, ces arrêts précisent que "le contrat de concession implique l'obligation pour le producteur d'approvisionner le concessionnaire-distributeur et pour le distributeur de promouvoir la vente de ces produits et dès lors d'avoir une organisation de vente". Cette insistance sur l'obligation pour le producteur d'approvisionner le concessionnaire est précisément celle qui fut soulignée dans l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 2005 dont question ci-avant.

Dans l'un de ces arrêts, la cour d'appel de Liège<sup>22</sup> a rejeté l'existence d'un contrat de concession après avoir relevé que le prétendu concessionnaire n'avait dû supporter aucun investissement ou charge spécifique pour la commercialisation des produits et que la participation modique du fabricant à des frais de défilés organisés, de sa propre initiative, par le prétendu concessionnaire, ne révélait pas une "relation permanente à caractère organique structuré".

Dans un arrêt du 6 janvier 2006, la cour d'appel de Bruxelles a également jugé qu'il n'y a pas de concession de vente au sens de la loi "lorsque notamment le prétendu concessionnaire n'a pas la liberté de fixer le prix de vente, reçoit une commission sur les affaires conclues et n'accepte de commandes de ses clients qu'après un accord avec le commettant sur le montant de la commission, ne dispose pas d'un stock de produits, ne supporte aucun risque de mévente ou de variation du prix de revient du matériel, qu'il n'y a aucune concertation entre les parties sur des questions telles que les prix, la publicité, la promotion de la marque du commettant ou la manière dont (le prétendu concessionnaire) organisait ses activités"<sup>23</sup>.

12. Liège 14 février 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1471 ; Bruxelles 17 novembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1007.

13. Cass. 22 décembre 2005, *Pas.* 2005, I, p. 2587, *R.W.* 2007-08, p. 780. Cet arrêt traite essentiellement de questions de compétence et il y sera donc fait plus longuement référence plus loin (*infra*, n° 157).

14. Liège 14 février 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1471; Comm. Bruxelles 17 novembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1007.

15. Examen 2003, nos 3 et s.; P. KILESTE, "La concession de vente", in *La distribution commerciale dans tous ses états*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, n° 6.

16. Bruxelles 28 janvier 2003, *R.D.C.* 2004, p. 559; Liège 14 avril 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1884; Gand 2 mai 2005, *www.dipr.be*, 2006, p. 64; Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416.

17. Liège 14 février 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1471 citant J.-P. FIERENS et A. MOTTET-HAUGAARD, 1998, n° 3; Bruxelles 17 novembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1007; Liège 27 avril 2006, *R.D.C.* 2007, p. 182, *J.L.M.B.* 2007, p. 489; en ce sens, voy. également Bruxelles 2 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 999; Comm. Termonde 24 novembre 2003, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2004, p. 240.

18. Comm. Mons 13 novembre 2003, *DAOR* 2003/67, p. 40 citant M. et S. WILLEMART, "Les concessions de vente", in *Traité pratique de droit commercial*, T. II, E. Story-Scientia, n° 908.

19. Liège 2 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1223; Liège 3 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1225; Liège 13 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1235; sur ces 3 arrêts de la cour d'appel de Liège, voy. note P. KILESTE et C. STAUDT, "Champ d'application de la loi du 27 juillet 1961 et notion de concession de vente", *J.L.M.B.* 2007, p. 1227.

20. Comm. Turnhout 19 octobre 1998, *inédit*, R.G. n° 1979/97.

21. Examen 2003, n° 5.

22. Liège 14 février 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1471.

23. Bruxelles 6 janvier 2006, *R.D.C.* 2007, p. 1010.

8. La notion de “*droits spéciaux*”, ainsi définie comme la réservation au concessionnaire du droit de vendre les produits du fabricant, est mise en avant par de nombreuses autres décisions<sup>24</sup>.

Faisant le lien avec l'élément intentionnel que nous soulignerons ci-dessous, certaines décisions précisent qu'une telle organisation doit être “*voulue par les parties et [avoir] pour objectif dans leur intérêt commun de stimuler les ventes de produits du concédant*”<sup>25</sup>.

9. Certaines décisions mettent quant à elles davantage l'accent sur les obligations qui doivent découler pour le concessionnaire de l'existence d'un contrat de concession.

Diverses décisions insistent ainsi sur le fait que le contrat de concession implique “*l'obligation pour le producteur d'approvisionner le concessionnaire et l'obligation pour le concessionnaire de privilégier la vente de ses produits au sein de son organisation de vente*”<sup>26</sup>.

Selon la cour d'appel de Gand, la concession “*...ne suppose pas simplement le droit du concessionnaire à la distribution (quasi-)exclusive des produits du concédant, mais également son obligation d'être en mesure de distribuer ses produits dans l'intérêt des deux parties*”<sup>27</sup>.

Pour le tribunal de commerce de Termonde, il appartient au prétendu concessionnaire de démontrer qu'il avait l'obligation de vendre les produits du concédant: “*Le concédant, lorsqu'il opte pour accorder à différentes personnes un droit de vente exclusif de ses produits, examinera d'une part à qui il accorde au mieux ce droit de vente exclusif en vue d'une commercialisation optimale de ses produits et, d'autre part, le concessionnaire favorisera la vente des produits du concédant non seulement dans son propre intérêt mais également dans l'intérêt du concédant.*”<sup>28</sup>.

Ces diverses décisions mettent également l'accent sur le fait que le contrat de concession est un contrat conclu dans l'intérêt des deux parties, ce qui évoque la notion de mandat d'intérêt commun qui était autrefois mise en avant par la jurisprudence française.

10. Une autre facette de la notion de “*réservation du droit de vendre*” peut être vue dans l'élément intentionnel que requiert la concession, en ce sens qu'il doit apparaître que le concédant avait eu l'intention de se lier au distributeur<sup>29</sup>.

Il a ainsi été jugé que cet élément intentionnel faisait défaut si rien ne permettait de démontrer que le fournisseur se serait interdit de désigner du jour au lendemain d'autres distributeurs sur le territoire<sup>30</sup>.

La cour d'appel de Bruxelles a jugé à cet égard que: “*Il importe qu'il soit établi de manière certaine que la partie qui invoque l'existence d'un contrat de concession de vente exclusive prouve qu'elle jouissait d'une situation préférentielle en raison du choix de l'autre partie, et qu'à l'égard de la première, la seconde se considérerait comme liée par des obligations particulières, distinctes de celles qu'elle aurait eues à l'égard d'un simple distributeur agréé.*”<sup>31</sup>.

11. Enfin, d'un point de vue négatif, cette notion de “*réservation du droit de vendre*” est fréquemment invoquée pour soustraire à la protection légale des pures situations de fait.

De nombreuses décisions ont ainsi rappelé que:

- “*les situations de fait non conventionnelles*” (l'achat régulier de produits<sup>32</sup>, même si ces achats successifs s'étalent sur plusieurs années<sup>33</sup>) “*ne suffisent pas à créer un contrat de concession lequel suppose la volonté et l'accord des parties de se placer dans une relation stable et organisée*”<sup>34</sup>;
- “*le fait d'être le seul distributeur sur un territoire ne suffit pas à établir l'existence d'une concession*”<sup>35</sup>.

12. Nous avons critiqué dans nos précédents examens<sup>36</sup> le recours à la notion de risques économiques que devrait supporter le distributeur pour que la relation avec le producteur ou fabricant puisse être considérée comme constitutive d'une concession exclusive de vente.

La jurisprudence avait semblé abandonner cette approche.

Elle a cependant été reprise par la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 21 mars 2008<sup>37</sup>, aux termes duquel la cour a

<sup>24</sup> Bruxelles 2 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 999; Bruxelles 17 novembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1007; voy. également Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002, p. 408; Comm. Mons 13 novembre 2003, *DAOR* 2003/67, p. 40 et références citées.

<sup>25</sup> Gand 2 mai 2005, *www.ipr.be*, 2006, p. 64 (traduction libre); Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416; Bruxelles 2 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 999.

<sup>26</sup> Gand 14 novembre 2005, *www.dipr.be*, 2006, p. 60 (traduction libre).

<sup>27</sup> Gand 14 novembre 2005, *www.dipr.be*, 2006, p. 60 (traduction libre).

<sup>28</sup> Comm. Termonde 24 novembre 2003, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2004, p. 240.

<sup>29</sup> Voy. notamment P. KILESTE, “La concession de vente”, in *La distribution commerciale dans tous ses états*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, n° 9; Gand 2 mai 2005, *www.dipr.be*, 2006, p. 64.

<sup>30</sup> Comm. Mons 13 novembre 2003, *DAOR* 2003/67, p. 40.

<sup>31</sup> Bruxelles 17 novembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1007.

<sup>32</sup> Comm. Termonde 24 novembre 2003, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2004, p. 240.

<sup>33</sup> Gand 2 mai 2005, *www.dipr.be*, 2006, p. 64; Bruxelles 2 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 999.

<sup>34</sup> Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002, p. 408; Comm. Mons 13 novembre 2003, *DAOR* 2003/67, p. 40 et références citées; en ce sens également: Comm. Termonde 24 novembre 2003, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2004, p. 240; Comm. Termonde 21 novembre 2005, *R.W.* 2007-08, p. 159.

<sup>35</sup> Liège 14 février 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1471; Bruxelles 2 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 999; Bruxelles 17 novembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1007; Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002/64, p. 408; Comm. Mons 13 novembre 2003, *DAOR* 2003/67, p. 40 et références citées; Cass. 28 février 2008, C. 07.0076.N.

<sup>36</sup> Examen 1998, n° 17; voy. aussi P. KILESTE, *La concession de vente, o.c.*, n° 14.

<sup>37</sup> Bruxelles 21 mars 2008, *J.T.* 2008, p. 315, *R.D.C.* 2008, p. 738 et note A. DE SCHOUTHEETE et A. MEULDER, p. 740, *DAOR* 2008, p. 141, *J.L.M.B.* 2008, p. 1616.

refusé la qualification de concession au sens de la loi de 1961 pour le motif que le distributeur n'assumait pas *tous* les risques économiques liés à la distribution des produits de telle sorte que, selon la cour, il ne vendait pas "*pour son propre compte*". Il en résulterait donc, selon la cour, que seul le distributeur qui assumerait l'ensemble des risques liés à la propriété des marchandises ou à leur distribution pourrait être qualifié de concessionnaire vendant pour son propre compte.

Cet arrêt, qui est actuellement soumis à la censure de la Cour de cassation, a fait l'objet d'un commentaire critique auquel nous nous permettons de renvoyer le lecteur<sup>38</sup>.

Qu'il nous<sup>39</sup> soit simplement permis de souligner ici que, comme rappelé ci-dessus, l'élément caractéristique du contrat de concession est celui de l'existence d'un contrat-cadre et l'octroi de droits spéciaux. La définition du contrat de concession comme étant le contrat par lequel le distributeur vend en son propre nom et pour son propre compte les produits du concédant est une définition juridique et non économique, qui distingue le contrat de concession d'autres formes de contrat de distribution, tels que le contrat d'agence ou de commission. Le fait que la revente en son nom propre et pour son propre compte entraîne le plus souvent que le concessionnaire supporte les risques économiques liés à la distribution ne doit pas, nous semble-t-il, entraîner pour conséquence que lorsque, dans les faits, ces risques sont réduits ou partagés, le contrat, qui présenterait par ailleurs toutes les caractéristiques juridiques d'un contrat de concession, ne puisse être reconnu comme tel.

Dans le commentaire consacré à cet arrêt, ainsi que dans nos commentaires antérieurs sur cette question, il a été souligné que cette absence de (certains) risques économiques pourrait, le cas échéant, être prise en considération au niveau de l'appréciation, en équité, des indemnités pouvant revenir au concessionnaire en fin de contrat. À la réflexion, il nous paraît toutefois que, même à ce niveau, l'importance des risques pris ou non par le concessionnaire est, en réalité, étrangère à la durée nécessaire pour retrouver une "*source de revenus équivalente*" (ainsi qu'est désormais définie la durée du préavis "*raisonnable*"<sup>40</sup>), de telle sorte que ce ne serait, en définitive, qu'au niveau de l'appréciation de l'indemnité de clientèle que cette absence de (certains) risques économiques pourrait éventuellement avoir une influence.

## Section 2. Preuve

**13.** Il a à nouveau été rappelé que le contrat de concession n'est soumis à aucun formalisme et peut donc être conclu oralement<sup>41</sup>. De même, la preuve de l'existence d'un contrat de concession de vente ne doit pas davantage être nécessairement rapportée par écrit.

**14.** Diverses décisions se sont prononcées sur l'importance à donner à d'éventuelles négociations, non abouties, en vue d'en arriver à la conclusion d'un contrat.

Dans un arrêt du 28 janvier 2003<sup>42</sup>, la cour d'appel de Bruxelles a considéré à juste titre que le fait que le concessionnaire ait refusé de signer le projet de contrat qui lui était proposé par le concédant ou en ait demandé la modification sur de nombreux points ne pouvait être considéré comme impliquant que les relations entre parties ne pourraient être constitutives d'une concession de vente exclusive à durée indéterminée. Dans ce même arrêt, la cour a, tout aussi logiquement, considéré que le fait que, à l'occasion de négociations, le concessionnaire n'ait pas exprimé d'objections à l'encontre d'une clause prévoyant que le contrat serait conclu pour une durée de 3 ans ne suffit pas à prouver l'accord implicite du concessionnaire sur cette durée déterminée, dès lors que ce projet de contrat ne fut en définitive jamais signé.

Dans le même sens, le tribunal de commerce de Liège a jugé que le fait que le concessionnaire n'ait pas envoyé au concédant le contrat signé par lui ne pouvait impliquer comme tel l'absence de toute convention de concession, "*l'existence d'une telle convention dépendant uniquement de la volonté des parties telle qu'elle s'est manifestée dans l'exécution qu'elles ont donnée à leurs relations*"<sup>43</sup>. En l'espèce, le tribunal a considéré que l'existence d'un contrat de concession de vente pouvait être déduite d'éléments tels que la reconnaissance par le concédant de l'appartenance du concessionnaire à son réseau de distribution, des griefs qui furent formulés à celui-ci quant à une baisse importante de son chiffre d'affaires, à l'insuffisance de son stock et à son refus d'implanter de nouveaux produits. Cette décision considéra toutefois que l'appartenance du concessionnaire au réseau de distribution sélective, reposant sur des critères purement qualitatifs, du concédant excluait par hypothèse l'existence d'une exclusivité territoriale, et ce même si le concessionnaire était le seul à vendre les produits concédés dans le territoire.

**15.** En l'absence de contrat écrit, la preuve de l'existence d'une concession peut être établie par tous les moyens de

<sup>38</sup>. P. KILESTE et C. STAUDT, "Application de la loi du 27 juillet 1961 à un contrat de distribution exclusive dans lequel le distributeur ne supporte pas tous les risques liés à la distribution des produits", *J.L.M.B.* 2008, n° 36, p. 1621.

<sup>39</sup>. L'un des auteurs du présent examen étant intervenu dans cette affaire, les lignes qui suivent sont de la plume de l'autre.

<sup>40</sup>. Sur cette question, voy. *infra*, n° 67.

<sup>41</sup>. Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002/64, p. 408; Comm. Mons 13 novembre 2003, *DAOR* 2003, p. 40; Bruxelles 21 mars 2008, *J.T.* 2008, p. 315.

<sup>42</sup>. Bruxelles 28 janvier 2003, *R.D.C.* 2004, p. 559.

<sup>43</sup>. Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002/64, p. 408.

droit<sup>44</sup>, et notamment la manière dont les parties ont exécuté la convention ou la correspondance échangée<sup>45</sup>.

**16.** Pour la cour d'appel de Liège, *“doivent être démontrés tant l'élément intentionnel que le caractère continu et organisé des relations entre parties au cours de l'exécution du contrat”*<sup>46</sup>. La même cour a également jugé que: *“En l'absence d'écrit, le droit de revente conventionnellement réservé au concessionnaire peut donc être établi par l'existence de modalités de revente imposées par le concédant à son acheteur ou encore par la circonstance que des règles d'organisation quelconques à la concession doivent être respectées par cet acheteur”*<sup>47</sup>. Tel eût pu être le cas si la publicité du fabricant avait mentionné le distributeur comme son concessionnaire exclusif ou en cas de *“renvoi systématique des clients potentiels au concessionnaire”*<sup>48</sup>.

Il nous paraît excessif de lier la reconnaissance de l'existence d'une concession non conclue par écrit au fait que le concessionnaire se voie *“imposer”* des obligations particulières. Une telle analyse nous paraît aller à l'encontre du consensualisme qui est à la base de tout contrat. Ainsi, le caractère continu et organisé des relations peut résulter d'éléments auxquels le concessionnaire a adhéré volontairement ou qu'il a lui-même proposés au concédant.

### A. Cas où l'existence d'un contrat de concession a été retenue

**17.** L'existence d'un contrat de concession au sens de la loi a été déduite notamment du fait que le *“concédant”* désignait toujours son cocontractant comme son *“importateur”* ou *“distributeur”* pour le Benelux, notamment dans la publicité, que le concédant déterminait des objectifs de vente, définissait la politique de vente et la politique des prix des produits, organisait le lancement des collections ou encore demandait des rapports annuels sur les ventes du concessionnaire<sup>49</sup>.

**18.** De même, il a été jugé que le concessionnaire rapportait la preuve, par un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes, qu'il disposait de droits spéciaux par le fait que le droit de vente lui avait été conventionnellement réservé par le concédant, ce qui ressortait:

- des attestations du concédant précisant que *“ces premiers contacts se sont concrétisés en un rapport per-*

*manent... et [le concessionnaire] est ainsi devenu seul distributeur des produits sur le territoire”*;

- de nombreux courriers et contacts téléphoniques où les termes utilisés par le fabricant révélaient son intention de considérer le distributeur comme un concessionnaire et non comme un simple client;
- des invitations du concédant priant le concessionnaire d'assister à des foires commerciales et à des conférences au même titre que ses autres distributeurs;
- des visites effectuées auprès de la clientèle par les parties ou de leur présence conjointe à des foires commerciales;
- des *“distributor export price lists”* fournies chaque année par le concédant au concessionnaire;
- de l'exclusivité démontrée dont bénéficiait le concessionnaire;
- de l'envoi par le concédant d'un modèle de contrat de concession, même si le distributeur n'y a pas répondu;
- de la circonstance que, dans sa lettre de résiliation, le concédant a estimé devoir exposer les raisons de cette résiliation et a accordé un préavis de 3 mois admettant ensuite le principe d'une indemnisation du distributeur<sup>50</sup>.

Notons que, dans cette décision, la cour démontre d'emblée l'existence d'une concession de vente exclusive sans rechercher d'abord si le contrat devait s'analyser en un contrat de concession de vente et seulement ensuite si celui-ci était alors ou non exclusif, quasi-exclusif ou emportait des obligations importantes pour le concessionnaire.

**19.** La cour d'appel de Bruxelles a quant à elle rappelé à juste titre qu' *“il n'est nullement requis pour qu'il y ait concessionnaire de vente exclusive que le contrat prévoit une interdiction pour le concessionnaire de vendre des produits concurrents”*<sup>51</sup>.

En l'espèce, la cour a déduit l'existence d'une concession exclusive des éléments suivants:

- l'insistance du fabricant pour que le concessionnaire distribue les produits (il s'agissait d'une nouvelle gamme);
- l'élaboration par les parties de brochures spécifiques pour ce type de produits;
- la détermination conjointe par les parties des objectifs et d'une politique de vente;

<sup>44</sup> Bruxelles 2 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 999; Comm. Termonde 21 novembre 2005, *R.W.* 2007-08, p. 159; Liège 4 mai 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 491.

<sup>45</sup> Gand 2 mai 2005, [www.dipr.be](http://www.dipr.be), 2006, p. 64; Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416; Bruxelles 2 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 999; Gand 14 novembre 2005, [www.dipr.be](http://www.dipr.be), 2006, p. 60.

<sup>46</sup> Liège 4 mai 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 491.

<sup>47</sup> Liège 2 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1223; Liège 13 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1235.

<sup>48</sup> Liège 14 février 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1471.

<sup>49</sup> Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416.

<sup>50</sup> Liège 4 mai 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 491.

<sup>51</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985.

- le fait que la quasi-totalité des brochures du fabricant mentionnait le concessionnaire comme distributeur exclusif.

### ***B. Cas où l'existence d'un contrat de concession n'a pas été retenue***

**20.** La cour d'appel de Bruxelles a refusé de qualifier de concessionnaire un distributeur qui revendiquait cette qualité en se prévalant d'une lettre émanant de lui dans laquelle il avait affirmé être le seul revendeur sur le territoire, lettre restée sans réponse. La cour estima que, au vu des circonstances de l'espèce, ce silence ne pouvait être qualifié de "silence circonstancié". La cour releva en outre le fait que la qualité de "concessionnaire" n'avait jamais été mentionnée dans les publicités, que les parties n'avaient pas mené ensemble de campagne publicitaire pour les produits, que le prétendu concessionnaire n'avait aucune obligation particulière à respecter (ni quota, ni stock minimum, ni autres modalités particulières) et qu'il n'était pas établi que les parties avaient des relations de travail régulières, visitaient ensemble la clientèle, participaient ensemble à des foires, etc. La cour souligna encore que le distributeur n'avait jamais bénéficié de droits spéciaux dans le cadre de la vente des produits et que le prétendu concédant ne lui avait jamais adressé d'instructions relatives à l'organisation de la prétendue concession de vente<sup>52</sup>.

Dans un autre cas, la même cour a également rejeté la qualification de contrat de concession pour le motif que le distributeur ne rapportait pas la preuve qu'il était tenu de respecter des obligations précises qui découleraient de l'existence d'un contrat-cadre préalable. La cour jugea ainsi que:

- le fait de participer à un cours de formation sur l'utilisation d'un appareil ne constitue pas la preuve de l'existence d'un contrat-cadre dans la mesure où toute entreprise qui vend des appareils sophistiqués doit pouvoir donner à sa clientèle des informations techniques fiables et où cette formation n'était pas obligatoire;
- le fait que le distributeur assume un service après-vente n'est pas déterminant, dès lors qu'il n'est pas établi que ce service excède les obligations normales de garantie du vendeur vis-à-vis de sa propre clientèle;
- l'octroi d'une remise sur le prix "public" n'est pas propre à un contrat de concession de vente mais inhérent à tout contrat de distribution;
- la confection d'une simple liste de tous les produits qui sont distribués par un distributeur ne constitue pas une promotion ou une publicité spécifique pour un des produits de cette liste;

- la signification d'un préavis ne témoigne pas en soi de l'existence d'une concession, une telle obligation existe également en vertu du droit commun;
- l'usage des termes "distributeur" ou "distribution" indique uniquement le recours à un intermédiaire commercial sans viser particulièrement le concessionnaire<sup>53</sup>. Notons que le terme anglais "distributor" que l'on retrouve fréquemment dans des contrats internationaux, est pour sa part beaucoup plus connoté. Il n'existe en effet pas d'autre mot en anglais pour désigner un concessionnaire de vente, alors que les autres types de distributeurs (agent commercial, franchisé) ont des dénominations propres (*commercial agent*, *franchisee*). Quant au mot "reseller", qui se traduit par "revendeur", il s'agit d'un terme générique auquel aucun statut juridique spécifique n'est attaché.

Dans un arrêt précité du 6 janvier 2006<sup>54</sup>, la même cour d'appel a refusé de considérer que les relations entre parties, bien que remontant à plus de 10 ans, puissent être qualifiées de concession de vente dès lors que le prétendu concessionnaire restait en défaut de démontrer les éléments essentiels d'un contrat de concession. La cour releva notamment qu'aucune correspondance entre parties ne démontrait que l'une ou l'autre aurait obligé ou revendiqué l'application des conditions générales du fournisseur imposant un certain nombre de contraintes quant à l'organisation de la vente au détail (maintien d'un assortiment, chiffre d'affaires minimal, salon d'essayage, etc). La cour releva encore que le distributeur vendait d'autres produits, qu'aucune concertation sur des questions de prix ne semblait exister, qu'aucune publicité n'était faite par le distributeur autrement que par l'utilisation de matériel publicitaire mis à sa disposition par le fournisseur, qu'aucune obligation importante n'était démontrée et que le territoire, non conventionnellement fixé, était particulièrement limité.

**21.** Pour la cour d'appel de Liège, la structure requise pour que soit reconnue l'existence d'une concession de vente faisait défaut dans la mesure où la distribution des produits sur le territoire visé par le contrat n'était en rien organisée. La cour considéra que la seule existence d'objectifs à atteindre ne suffisait pas à donner aux relations entre parties le caractère organique structuré que requiert une concession<sup>55</sup>.

La même cour a jugé que l'existence d'un cadre structuré faisait défaut dans la mesure où il n'avait pas été demandé au distributeur d'avoir une organisation de vente, qu'il ne démontrait pas avoir mis en place une structure qui lui aurait été imposée et qu'il ne justifiait pas que le droit de vente lui ait été conventionnellement réservé sur certains territoires<sup>56</sup>.

<sup>52</sup>. Bruxelles 2 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 999.

<sup>53</sup>. Bruxelles 17 novembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1007.

<sup>54</sup>. *Voy. supra*, n° 7.

<sup>55</sup>. Liège 27 avril 2006, *R.D.C.* 2007, p. 182, *J.L.M.B.* 2007, p. 489.

<sup>56</sup>. Liège 2 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1223.

En l'espèce, le distributeur avait été chargé de constituer pour le fabricant japonais un "centre de distribution" pour l'Europe mais sans que des modalités particulières de constitution de ce stock n'aient été définies. La seule "obligation" de détenir un tel stock ne fut donc pas considérée ici comme suffisante par la cour pour entraîner la qualification de contrat de concession, d'autant que les parties avaient négocié dans le but d'établir un contrat fixant leurs rôles, droits et obligations respectifs, mais qu'elles n'avaient pu aboutir. La cour en conclut que le distributeur n'avait, en l'espèce, pas dépassé le stade de "revendeur", "grossiste" ou "centre de distribution".

Dans un autre cas, la même cour a refusé l'existence d'un contrat de concession dans les mêmes termes, dans la mesure où les négociations entre parties afin d'établir le cadre de relations continues et organisées n'avaient pas abouti. La cour releva que le distributeur ne s'était engagé à rien à l'égard du fabricant si ce n'est à respecter les prix fixés par lui; il n'était pas question de stocks, de quotas de vente ou d'investissements qui lui auraient été imposés par le concédant pour promouvoir la distribution des produits. Enfin, la cour souligna que si le distributeur avait participé à des foires, c'était de sa propre initiative et que les parties étaient en désaccord quant au territoire qui lui aurait été réservé<sup>57</sup>.

La même cour a également refusé de reconnaître l'existence d'un contrat de concession en relevant que le distributeur avait "toujours eu toute liberté pour ce qui concerne la commercialisation des [produits]". Elle a en outre estimé que ni l'existence d'un projet de contrat de représentation jamais signé, ni des réunions et discussions entre parties au terme desquelles le distributeur avait pris des engagements à l'égard de ses clients sur le plan de la qualité des produits, des prix et des délais de livraison, ni le fait que le concédant ait accepté de participer pour moitié aux frais de certification de la conformité des produits, ni le fait que le distributeur se soit qualifié dans certaines publicités de "distributeur exclusif", ne révélaient l'existence d'un véritable réseau de distribution organisé<sup>58</sup>.

**22.** La cour d'appel de Gand<sup>59</sup> a jugé que le prétendu concessionnaire ne démontrait pas une position préférentielle et des droits spéciaux qui lui auraient été accordés dans la mesure où:

- la détention d'un stock de pièces détachées lui était nécessaire dans le cadre de la garantie qu'il devait offrir à ses clients en sa qualité de vendeur;
- aucune réunion pour définir une stratégie de vente commune ni aucune formation de personnel n'étaient

démonstrées, la participation à une foire ne suffisant pas à démontrer une collaboration durable et structurée;

- des quotas de vente n'étaient pas démontrés, de même qu'aucune obligation concernant le service après vente, des frais de publicité, etc.;
- aucune obligation n'existait concernant la protection de la marque ou des livraisons exclusives;
- l'élément intentionnel pour une concession n'était pas démontré;
- le distributeur achetait également les produits auprès d'autres fournisseurs et vendait également des produits concurrents;
- aucun investissement n'avait été fait par le distributeur;
- il n'existait aucune obligation pour le distributeur de vendre les produits du fournisseur.

La même cour a jugé que l'existence d'un contrat de concession suppose notamment des modalités de vente imposées par le concédant au concessionnaire, des obligations d'organisation auxquelles le concessionnaire doit satisfaire, des discussions sur les prix, une intervention dans les frais de publicité, l'imposition de quotas, des obligations d'approvisionnement ou encore des réunions en vue d'organiser la vente dans le territoire<sup>60</sup>.

Rédigée en ces termes, cette décision paraît excessive. En réalité, en l'absence d'écrit, l'existence ou non d'une concession de vente dépendra de l'analyse, dans chaque cas d'espèce, des éléments de fait qui démontrent ou non l'existence de ce "caractère continu et organisé des relations" ou de ces "droits spéciaux accordés au concessionnaire". Dans cette analyse, la présence de l'un ou l'autre élément spécifique – si ce n'est l'élément intentionnel – n'est pas requise pour établir l'existence d'une concession de vente.

**23.** Pour ce même motif, nous ne pouvons davantage approuver les termes d'un jugement du 27 avril 2004<sup>61</sup> du tribunal de commerce d'Audenaerde, qui a affirmé que la présence des paramètres suivants était déterminante pour l'existence d'un contrat de concession:

- interdiction de visiter ou de livrer des clients en dehors d'une région déterminée;
- obligation de détenir un stock important;
- obligation de suivre des cours de formation;
- obligations concernant la présentation du magasin et des produits;
- obligation d'assister à des réunions pour déterminer une stratégie de vente commune;
- interdiction de vendre des produits concurrents.

<sup>57.</sup> Liège 3 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1225 et note P. KILESTE et C. STAUDI, "Champ d'application de la loi du 27 juillet 1961 et notion de concession de vente", *J.L.M.B.* 2007, p. 1227.

<sup>58.</sup> Liège 13 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1235.

<sup>59.</sup> Gand 2 mai 2005, *www.dipr.be*, 2006, p. 64.

<sup>60.</sup> Gand 14 novembre 2005, *www.dipr.be*, 2006, p. 60.

<sup>61.</sup> Comm. Audenaerde 27 avril 2004, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2004, p. 234.

Il nous paraît que, si les différents éléments mis en avant par le tribunal se rencontrent parfois dans des contrats de concession de vente ayant fait l'objet d'un écrit, il est excessif de les généraliser et de considérer que leur réunion serait indispensable pour pouvoir, en dehors de tout contrat écrit, apporter la preuve de l'existence d'une concession de vente. En réalité, dès lors que le caractère continu et organisé des relations est présent, aucune des obligations énumérées ci-dessus n'est nécessaire pour pouvoir qualifier le contrat de concession de vente.

Même lorsque les obligations du concessionnaire ont été précisées par écrit, il arrive fréquemment que tout ou partie des obligations précitées ne soient pas mises à sa charge. En outre, ainsi formulée, l'interdiction de visiter ou de livrer des clients en dehors d'une région déterminée est contraire au droit européen de la concurrence<sup>62</sup>; l'obligation de détenir un stock important ne rend pas compte des concessions portant sur des produits de haute valeur ou fabriqués au fur et à mesure des commandes et l'interdiction de vendre des produits concurrents, outre qu'elle doit satisfaire aux limites du droit de la concurrence<sup>63</sup>, n'est en aucun cas de l'essence même d'un contrat de concession<sup>64</sup> et ne rend pas compte de l'existence de concessionnaires "*multi-marques*".

Relevons sur ce dernier point, l'arrêt précité du 25 mars 2005 de la cour d'appel de Bruxelles qui, quant à lui, avait rappelé à juste titre qu'"*il n'est nullement requis pour qu'il y ait concession de vente exclusive que le contrat prévoit une interdiction pour le concessionnaire de vendre des produits concurrents*"<sup>65</sup>.

**24.** Le tribunal de commerce de Termonde<sup>66</sup> a quant à lui refusé de reconnaître la qualité de concessionnaire à un distributeur qui n'avait pas réagi lorsque, pendant une période de deux ans au cours des relations, le fabricant avait désigné un autre distributeur dans le territoire, autre distributeur auprès duquel le prétendu concessionnaire avait de surcroît été tenu de s'approvisionner. Le tribunal releva en outre que le fabricant continuait à vendre des produits en direct en Belgique. Cette dernière circonstance ne paraît cependant pas, à elle seule, pouvoir exclure la qualification de concessionnaire.

Se prononçant à la fois sur l'existence ou non d'une concession et sur l'exclusivité qu'elle comporterait, le même tribu-

nal, dans une autre affaire, a jugé que l'existence d'une concession exclusive à durée indéterminée n'était pas prouvée dans la mesure où le fabricant avait plusieurs points de vente pour ses produits dans les environs du point de vente du distributeur, où le distributeur ne dépendait pas du bon vouloir du fabricant en ce qui concerne une obligation d'achats minimums, où le distributeur ne devait pas supporter une lourde charge afin de distribuer les produits et où il n'avait pas subi de gros inconvénients suite à la rupture de la convention<sup>67</sup>. Ce dernier élément n'est évidemment pas convainquant. Le fait que la résiliation n'entraîne pas de gros inconvénients pour le distributeur peut bien sûr entrer en considération pour la détermination, en équité, de la durée du préavis raisonnable qui eût dû être consentie au distributeur, ou, à défaut, pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis, mais ne peut justifier qu'un contrat qui répondrait à la définition légale d'un contrat de concession de vente ne soit pas reconnu comme tel.

### Section 3. Contrats hybrides

**25.** Les contrats hybrides, que nous définissons comme les contrats tenant à la fois de la concession de vente et du contrat d'agence, n'ont cette fois, au cours de la période examinée, plus donné lieu à de la nouvelle jurisprudence. Comme évoqué dans notre précédent examen<sup>68</sup>, cette absence de jurisprudence s'explique par le fait que, depuis la loi du 13 avril 1995, le contrat d'agence est spécialement réglementé, ce qui a ôté son intérêt à la question de savoir si un contrat pouvait être considéré comme étant l'accessoire de l'autre, les deux aspects de la relation devant donc être régis par leurs règles propres.

### Section 4. Concession de vente et contrats voisins

**26.** Dans un arrêt du 20 septembre 2004<sup>69</sup>, la cour d'appel d'Anvers a écarté l'application de la loi du 27 juillet 1961 à un contrat de franchise en constatant que le franchisé n'assumait aucun risque de mévente dès lors que les biens ne lui étaient facturés qu'après leur facturation aux clients<sup>70</sup>.

<sup>62.</sup> Art. 81 et 82 du Traité des Communautés européennes et règlement CE n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, par. 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (dit "règlement d'exemption par catégorie"), *J.O.* L. 336 du 29 décembre 1999, p. 21.

<sup>63.</sup> Loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (LPCE), *M.B.* 11 octobre 1991, p. 22.493 et art. 81 et 82 du Traité des Communautés européennes.

<sup>64.</sup> Sur ce point, voy. notamment Cass. 10 septembre 1997, *R.D.C.* 1988, p. 611.

<sup>65.</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985; voy. *supra*, n° 19.

<sup>66.</sup> Comm. Termonde 21 novembre 2005, *R.W.* 2007-08, p. 159.

<sup>67.</sup> Comm. Termonde 24 novembre 2003, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2004, p. 240.

<sup>68.</sup> Examen 2003, n° 11.

<sup>69.</sup> Anvers 20 septembre 2004, *Annuaire Pratiques du commerce & concurrence 2004*, p. 895, *R.D.C.* 2007, p. 172.

<sup>70.</sup> Sur cette question, voy. également P. KILESTE, A. SOMERS et C. STAUDT, "La franchise (2<sup>ème</sup> édition)", in *Guide juridique de l'entreprise*, Titre VII, Livre 77.1, p. 66.

Cette référence à la notion de risque économique n'est pas sans rappeler l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 21 mars 2008<sup>71</sup>.

27. Nous avons par ailleurs fait état, dans l'un de nos précédents examens, de la controverse existant quant à la question de savoir si le contrat d'exploitation d'une station-service pouvait être considéré comme rentrant dans le champ d'application de la loi du 27 juillet 1961<sup>72</sup>. Au cours de la période examinée, la cour d'appel de Bruxelles a admis que constituait une concession au sens de la loi, le contrat-cadre par lequel une partie se voyait octroyer le statut de commerçant gérant concernant une station-service appartenant à l'autre partie<sup>73</sup>. La première achetait les produits à la seconde et les revendait pour son propre compte. La cour définit le commerçant gérant comme l'entreprise qui exploite un ou plusieurs points de vente pour le commerce au détail, sous la marque du fournisseur, qui est inscrit pour cela au registre de commerce et dont tant les biens mobiliers qu'immobiliers sont mis à la disposition par le fournisseur. La cour refusa cependant à l'exploitant le bénéfice de la loi dans la mesure où, d'une part, le concédant ne lui avait accordé aucune exclusivité et où, d'autre part, les obligations mises à sa charge ne pouvaient être qualifiées d'importantes au sens de la loi<sup>74</sup>.

### Section 5. Le contrat de concession est-il un contrat *intuitu personae*?

28. Dans un arrêt du 21 février 2008, la cour d'appel d'Anvers a jugé que les dispositions qui organisaient le caractère *intuitu personae* du contrat de distribution automobile devaient être examinées ensemble, en tenant compte de l'apparente intention des parties<sup>75</sup>. La cour a déduit du contrat qu'en l'espèce, le concédant avait voulu mettre en place des procédures lui permettant de contrôler les circonstances de fait qui, directement ou indirectement, avaient une influence décisive sur l'identité du titulaire de la concession ou sur la structure juridique choisie par lui pour son exploitation. La cour a jugé que la cession des actions de la société de holding qui détenait des actions dans la société concessionnaire modifiait l'exploitation personnelle de la concession de la même façon que si c'était le contrôle de la société concessionnaire qui avait été changé.

Cette décision nous paraît particulièrement sévère compte tenu de ce que, dès l'instant où le caractère *intuitu personae* du contrat est affirmé par des dispositions contractuelles spécifiques, qui autorisent le concédant à résilier le contrat sans préavis ni indemnité dans des hypothèses qu'il énumère, il nous paraît que la cession des actions de la société holding – qui n'était donc pas visée par la clause – ne pouvait, à peine de méconnaître le principe de la personnalité juridique distincte de sociétés, justifier l'application d'une telle condition résolutoire expresse. Même si son actionariat avait changé, la personnalité juridique de la société holding demeurerait intacte et s'il voulait empêcher qu'un tel changement d'actionariat puisse intervenir au sein de la société holding, le concédant, qui, dans ce genre de contrats<sup>76</sup>, tient de surcroît manifestement la plume, n'avait qu'à le prévoir expressément. En outre, il paraît difficilement acceptable qu'une clause résolutoire expresse qui, par sa nature même, prive le concessionnaire du droit à la protection prévue par la loi, et empêche de surcroît le juge de se prononcer sur la réelle gravité du manquement allégué, puisse ainsi faire l'objet d'une interprétation extensive.

29. L'annotateur de cette décision affirme quant à lui que les contrats de concessions de vente seraient, par nature, toujours conclus *intuitu personae*<sup>77</sup>. Ce point de vue ne nous paraît pas pouvoir être suivi.

Selon la doctrine civiliste, deux hypothèses sont à envisager:

- soit le contrat a été conclu en considérant que l'intervention du cocontractant est à ce point essentielle qu'elle se confond avec l'objet du contrat ou avec sa cause;
- soit la présence du cocontractant "*n'affecte pas la force obligatoire du contrat dont elle rend seulement l'exécution plus sûre*"<sup>78</sup>. Dans cette hypothèse, contrairement à la première, le contrat aurait pu être conclu avec une autre personne juridique.

Dans la première hypothèse, on peut considérer que le contractant était la seule personne, physique ou morale, avec laquelle était possible l'exécution du contrat, sur base d'une relation *intuitu personae*; son intervention se confondrait avec la cause et l'objet du contrat. Cette première hypothèse implique donc que l'*intuitu personae* se retrouve dans l'objet même du contrat (ex.: exploitation de l'image d'une personne, sa voix, son talent, ...) ou dans sa cause (prêt à usage, mandat, dépôt, cautionnement, ...).

71. Voy. *supra*, n° 12.

72. Examen 1998, n° 10 et Examen 2003, n° 8.

73. Bruxelles 17 décembre 2001, *R.W.* 2003-04, p. 910.

74. Sur ce dernier aspect, voy. *infra*, n° 36.

75. Anvers 21 février 2008, *R.D.C.* 2008, p. 915 et note L. DU JARDIN, "*L'intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux".

76. Il s'agissait d'un contrat de distribution automobile, lesquels, dans la pratique, sont des contrats uniformisés au niveau européen et sont donc sur l'essentiel de véritables contrats d'adhésion.

77. L. DU JARDIN, "*L'intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux", *o.c.*, n° 5.

78. P. VAN OMMESLAGHE, "Les principes généraux relatifs à la fusion et à la scission selon les directives et la loi nouvelle", in *Les fusions et scissions internes de sociétés*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1993, p. 46.

Dans la seconde hypothèse par contre, si l'on devait considérer que les prestations prévues dans le contrat sont déterminables objectivement et qu'un tiers peut les fournir, ni la cause, ni l'objet du contrat ne disparaîtraient du fait de la cession du contrat, car celui-ci ne serait pas conclu *intuitu personae*. Dans ce cas, le choix du partenaire, outre les qualités propres à cette société, ne serait qu'une *garantie d'exécution du contrat*, qu'un tiers pourrait également fournir.

Selon le professeur Van Ommeslaghe, la notion de contrat *intuitu personae* appliquée aux sociétés ne se conçoit que dans l'optique de cette seconde hypothèse, car la première ne correspond qu'exceptionnellement à la réalité.

Au terme de ce rappel utile des principes, il nous apparaît que l'affirmation selon laquelle le contrat de concession de vente serait par nature conclu *intuitu personae* dans le chef du concessionnaire ne peut être généralisée. Tout sera question d'espèce. Si ce caractère paraît pouvoir être admis sans stipulation expresse dans les contrats de concession conclus avec une personne physique ou une société de taille réduite, dans laquelle le détenteur du contrôle fournit lui-même ou principalement les prestations attendues d'un concessionnaire, il n'en sera pas de même lorsque le concessionnaire est une entreprise d'une taille plus importante où les personnes qui fournissent les prestations en rapport avec l'exploitation de la concession ne sont pas nécessairement détentrices de son contrôle.

## CHAPITRE II. LES CATÉGORIES DE CONCESSIONS SOUMISES À LA LOI

**30.** Comme dit ci-avant, toute concession de vente n'est pas régie par la loi du 27 juillet 1961. Encore faut-il qu'elle entre dans l'une des catégories expressément visées par l'article 1<sup>er</sup> § 1<sup>er</sup> de celle-ci, c'est-à-dire qu'elle soit exclusive, quasi-exclusive ou qu'elle impose au concessionnaire des obligations importantes, liées strictement à la concession et dont la charge est telle que le concessionnaire subirait un préjudice grave en cas de résiliation. La jurisprudence a eu, pendant la période couverte par le présent examen, plusieurs occasions de préciser ces notions.

### Section 1. Les concessions exclusives

**31.** *"Il y a exclusivité lorsque le concessionnaire est le seul à bénéficier, dans un segment déterminé du marché, du droit de vendre, en son nom et pour son compte, les produits du concédant."* Cette définition traditionnelle a été rappelée par le tribunal de commerce de Liège dans plusieurs jugements<sup>79</sup>.

C'est à juste titre que ce tribunal apprécie l'existence d'une exclusivité par rapport à un *"segment du marché"*, puisqu'il est constant que l'exclusivité peut revêtir plusieurs aspects. Elle peut être (et le sera le plus souvent) territoriale, mais elle peut aussi s'appliquer à des segments de clientèle déterminés (commerces de détail vs. grandes surfaces<sup>80</sup>, etc.), voire à des lignes spécifiques de produits fabriqués par le concédant. Ainsi, dans son jugement du 16 avril 2004<sup>81</sup>, ce même tribunal a admis l'existence d'une exclusivité au bénéfice d'un revendeur de meubles de la région liégeoise, alors même que

le fabricant italien de meubles vendait ceux-ci à plusieurs magasins de la région. Il garantissait cependant à chacun de ses revendeurs l'exclusivité sur certains modèles de salons<sup>82</sup>.

**32.** La cour d'appel de Bruxelles a, dans un arrêt du 15 mars 2006, déduit l'existence d'une relation contractuelle exclusive du fait que le concédant avait mis en place en Europe un système de distribution exclusive en accordant à d'autres distributeurs une exclusivité territoriale dans certains pays voisins<sup>83</sup>. Bien qu'aucun contrat écrit similaire n'avait été conclu avec le distributeur belge, la cour observa que celui-ci avait cependant été informé de l'existence du système mis en place dans les autres pays en sorte que l'existence d'un accord de distribution exclusive n'était donc pas contestable. Le litige ne concernait pas la résiliation de la concession, mais la réalisation par le concessionnaire de ventes actives vers les territoires voisins. La cour s'est d'ailleurs refusée à entrer dans un débat sur la qualification des relations contractuelles comme concession de vente au sens de la loi de 1961 qu'elle a estimé non pertinent. Il reste que la mise en place par un concédant d'un système de distribution exclusive dans d'autres pays européens est effectivement un indice sérieux permettant de conclure au caractère exclusif du distributeur belge, et ce même en l'absence d'une stipulation expresse d'exclusivité en sa faveur.

**33.** On sait que la jurisprudence, notamment de la Cour de cassation, admet l'existence d'une exclusivité partagée<sup>84</sup>. Le tribunal de commerce de Liège l'a rappelé en termes clairs dans un jugement du 11 avril 2003: *"Il est (...) admis que la protection accordée par la loi bénéficie également au con-*

<sup>79.</sup> Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002, p. 408; 16 avril 2004, *DAOR* 2004, p. 33.

<sup>80.</sup> Pour des cas d'application: Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985; 21 mars 2008, *J.T.* 2008, p. 315.

<sup>81.</sup> Comm. Liège 16 avril 2004, *DAOR* 2004, p. 33.

<sup>82.</sup> Sur une exclusivité limitée à certains clients ou produits, voy. également *infra*, n° 33.

<sup>83.</sup> Bruxelles 15 mars 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 479 et obs. C. STAUDT et P. KILESTE.

<sup>84.</sup> Voy. Examen 1993, n° 20; Examen 1998, n° 25; Examen 2003, n° 17.

cessionnaire qui ne se voit accorder qu'une exclusivité partagée, en ce sens que plusieurs concessionnaires peuvent se partager le même territoire contractuel ou encore que l'exclusivité peut être limitée à une certaine catégorie de produits ou à une certaine catégorie de clients.<sup>85</sup>

Dans le même sens, la cour d'appel de Bruxelles a rappelé dans un arrêt du 30 janvier 2004 qu'«une concession reste exclusive au sens de la loi si le concédant a accordé à plusieurs concessionnaires le droit de vendre les produits qu'il fabrique ou distribue (...). Il en est de même s'il s'est réservé conventionnellement le droit de vendre personnellement les mêmes produits que ceux faisant l'objet de la concession. C'est donc la protection ou le monopole accordé à un ou plusieurs concessionnaires contre la concurrence de tiers qui rend exclusive la concession de chacun et pas le fait de ne partager son droit avec personne»<sup>86</sup>. Selon la cour, dès lors que le concédant a conservé le droit de confier la vente à d'autres revendeurs que ceux déjà désignés, il ne saurait être question d'exclusivité partagée.

Relevons qu'il s'agissait d'un cas dans lequel le concessionnaire bénéficiait antérieurement d'une exclusivité à laquelle il avait renoncé par un avenant au contrat. La cour a estimé que ceci emportait renonciation conventionnelle à la protection liée à l'exclusivité. La solution paraît contraire à celle adoptée précédemment par la Cour de cassation en matière de remplacement d'un contrat à durée indéterminée par un contrat à durée déterminée<sup>87</sup>.

L'exclusivité peut également être partagée avec le concédant lui-même. C'est ce qu'a rappelé cette même cour d'appel dans son arrêt du 25 mars 2005: «Une concession de vente conserve son caractère exclusif nonobstant le fait que le concédant s'est réservé conventionnellement le droit de vendre personnellement, dans le territoire concédé, les mêmes produits que ceux faisant l'objet de la concession.»<sup>88</sup>

Il faut donc que chacun des concessionnaires qui se partagent l'exclusivité puisse au premier chef justifier de ce qu'il s'est vu accorder une protection spécifique contre l'arrivée d'autres revendeurs que ceux déjà en place ou prévus. Tel n'est pas le cas lorsqu'il apparaît que les produits sont vendus sans restriction particulière dans plusieurs points de vente dans l'environnement immédiat de celui du prétendu concessionnaire exclusif<sup>89</sup>.

**34.** La cour d'appel de Bruxelles a jugé à plusieurs reprises, à juste titre selon nous, qu'il n'est nullement requis pour qu'il y ait concession de vente exclusive que le contrat pré-

voie une interdiction pour le concessionnaire de vendre des produits concurrents<sup>90</sup>. En d'autres termes, en l'absence d'une clause expresse de non-concurrence ou d'une clause d'approvisionnement exclusif, le droit exclusif de vendre accordé au concessionnaire n'implique pas dans son chef une obligation de ne vendre exclusivement que les produits du concédant.

## Section 2. Les concessions quasi-exclusives

**35.** Selon l'article 1<sup>er</sup> § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> de la loi, il y a concession quasi-exclusive lorsque «le concessionnaire vend, dans le territoire concédé, la quasi-totalité des produits faisant l'objet de la convention».

Se fondant sur cette disposition, la cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt précité du 30 janvier 2004, a refusé de voir une concession quasi-exclusive dans une espèce dans laquelle le concessionnaire prétendait assurer 80% des ventes en Wallonie. Au-delà de l'absence de preuve d'un tel niveau de ventes, la cour a estimé qu'il n'était pas démontré que les parties avaient délimité le territoire wallon en faveur du concessionnaire, de telle sorte que c'est par rapport au territoire national qu'il y avait lieu d'apprécier l'existence d'une quasi-exclusivité. Or, le chiffre d'affaires réalisé par le concessionnaire ne représentait que 36% du total national, ce qui selon la cour ne pouvait être considéré comme révélateur d'une quasi-exclusivité<sup>91</sup>.

Le raisonnement de la cour nous paraît devoir être suivi, sous la précision qu'il n'y a pas lieu selon nous de considérer que la quasi-exclusivité ne puisse s'apprécier que par rapport à un territoire géographique. Comme dit ci-dessus, l'exclusivité peut être non pas géographique mais sectorielle (par type de clients ou de produits). Il n'y a pas de raison de considérer qu'il n'en soit pas ainsi de la quasi-exclusivité.

## Section 3. Les concessions imposant au concessionnaire des obligations importantes

**36.** La jurisprudence récente semble assez réticente à qualifier une concession protégée uniquement en raison des obligations imposées au distributeur. Elle n'accepte de considérer que le concessionnaire se voit imposer des obligations importantes au sens de l'article 1<sup>er</sup> § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> de la loi que si ces obligations ne sont pas inhérentes à la distribution des produits, ou si elles sont déséquilibrées par rapport aux avantages retirés par le concessionnaire de vente.

<sup>85.</sup> Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002, p. 408.

<sup>86.</sup> Bruxelles 30 janvier 2004, *R.D.C.* 2007, p. 965.

<sup>87.</sup> Voy. Examen 2003, n° 29.

<sup>88.</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985.

<sup>89.</sup> Comm. Termonde 24 novembre 2003, *T.G.R.* 2004, p. 240; dans le même sens: Comm. Audenaerde 27 avril 2004, *T.G.R.* 2004, p. 234.

<sup>90.</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985 (l'arrêt se réfère sur ce point à l'arrêt de cassation du 10 septembre 1987, *R.D.C.* 1988, p. 611); 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

<sup>91.</sup> Bruxelles 30 janvier 2004, *R.D.C.* 2007, p. 965.

Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles a refusé dans un arrêt du 17 décembre 2001<sup>92</sup> d'accorder la protection de la loi de 1961 à l'exploitant d'une station-service, qui achetant et revendant en son nom propre les produits du concédant et ne bénéficiant d'aucune exclusivité territoriale, prétendait être tenu par des obligations importantes. La cour a cependant estimé que l'obligation d'approvisionnement exclusif auprès du fournisseur était la contrepartie équitable de la mise à disposition par ce dernier des lieux et équipements dans le cadre d'un prêt à usage, et constaté qu'aucun investissement particulier ni frais spécifique n'était exigé de l'exploitant pour assurer la vente des produits, pas même en termes de publicité. Elle a finalement relevé que les limitations imposées à l'exploitant concernant l'exécution d'autres activités pouvaient également être considérées comme équilibrées, dès lors qu'il n'y avait aucune interdiction formelle mais seulement une obligation de s'assurer qu'il s'agissait d'activités complémentaires pouvant s'intégrer dans l'exploitation de la station et qu'elles ne portaient pas atteinte à la réputation du fournisseur.

Le tribunal de commerce de Liège a refusé de considérer comme importantes au sens de la loi les obligations suivantes mises à charge d'un distributeur membre d'un réseau de distribution sélectif:

- la détention d'un stock minimum de produits (non quantifié), dès lors que la nécessité de détenir un stock minimum est inhérente à l'exercice de toute activité commerciale, dans la mesure où elle seule permet l'achalandage et la vente;
- l'obligation de consacrer une partie de sa vitrine aux produits, ce qui impliquait des investissements au niveau de la décoration, du personnel et de la sécurité et des primes d'assurance plus élevées: pour le tribunal, dès lors que le revendeur était devenu détaillant agréé, il était normal qu'il présente les produits du fournisseur dans sa vitrine, et pour le surplus, les frais et investissements invoqués étaient inhérents à l'activité de bijoutier du revendeur;
- la nécessité de passer, pour toutes les interventions après-vente, par les services du fournisseur, obligation que le tribunal estime découler de la nature des produits de luxe en cause et de la nécessité d'assurer, aux yeux du public concerné, la continuité auprès du fabricant de la marque en cause<sup>93</sup>.

La cour d'appel de Bruxelles a pour sa part estimé dans son arrêt du 30 janvier 2004<sup>94</sup> que ne constituaient pas des obligations importantes dont la charge est telle que le concessionnaire subirait un grave préjudice en cas de résiliation:

- l'obligation de détenir un stock "*suffisant pour assurer l'approvisionnement continu de la clientèle*", dès lors

qu'aucun stock minimum n'avait été fixé;

- l'obligation de ne pas accepter ni poursuivre la représentation et la promotion de produits concurrents, dès lors que, dans les faits, le concédant ne s'était pas opposé à ce que le concessionnaire représente une marque concurrente, ce qui peut laisser présumer que, si le concédant avait exigé le respect de cette obligation, la décision eût été différente.

## Section 4. Les sous-concessions

37. L'article 5 de la loi du 27 juillet 1961, qui traite des sous-concessions, n'a été abordé que de façon exceptionnelle par les décisions publiées au cours de la période examinée.

Cette disposition rend les autres dispositions de la loi applicables à la concession de vente conclue entre un concessionnaire et un ou plusieurs sous-concessionnaires et instaure en faveur de ces derniers une action directe contre le concédant originaire (et exclut toute action contre le concessionnaire principal) lorsque le contrat de sous-concession prend fin à la suite de la résiliation par le concédant originaire du contrat de concession principal, indépendamment de la volonté ou de la faute du concessionnaire principal. Elle contient également des règles spéciales en matière de délai de notification du préavis par le concessionnaire principal.

Dans un arrêt du 18 octobre 2007<sup>95</sup>, la cour d'appel de Bruxelles a rejeté l'application de l'article 5 de la loi à un cas dans lequel, après avoir agi pendant un certain nombre d'années en qualité de sous-concessionnaire, une entreprise était ensuite devenue directement concessionnaire exclusif d'un fabricant de montres suisses. Pour tenir compte des droits acquis par le concessionnaire pendant la première période, la cour a estimé que la question de savoir s'il pouvait s'appuyer sur l'article 5 de la loi n'était pas pertinente. Elle a en effet relevé dans les faits que le sous-concessionnaire devenu concessionnaire avait toujours entretenu des relations directes avec le concédant et a dès lors considéré qu'indépendamment de son changement de statut, celui-ci pouvait faire valoir la continuité d'une même entité économique, ce qui justifiait que soit pris en considération en l'espèce l'accroissement de clientèle intervenu pendant la première période.

Le tribunal de commerce de Gand a pour sa part estimé dans un jugement du 23 juin 2003 que la période pendant laquelle le concessionnaire de vente avait agi comme sous-concessionnaire, avant de devenir concessionnaire, ne pouvait pas être prise en considération pour apprécier l'ancienneté des

<sup>92</sup>. Bruxelles 17 décembre 2001, *R.W.* 2003-04, p. 910.

<sup>93</sup>. Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002/64, p. 408.

<sup>94</sup>. Bruxelles 30 janvier 2004, *R.D.C.* 2007, p. 965.

<sup>95</sup>. Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

relations contractuelles<sup>96</sup>. Cette décision nous paraît critiquable, car en vertu de l'article 5 de la loi, le sous-concessionnaire peut, dans les conditions visées par cet article, réclamer directement au concédant les indemnités prévues par les articles 2 et 3 de la loi. Autrement dit, le sous-concessionnaire acquiert des droits à l'égard du concédant, notamment en fonction de l'ancienneté des relations contractuelles<sup>97</sup> et de l'existence d'une plus-value notable de clientèle apportée par lui. Ces droits ne peuvent être purement et simplement anéantis par le fait que le sous-concessionnaire aurait à un moment donné été "*promu*" au statut de conces-

sionnaire, traitant désormais directement avec le concédant. La décision du tribunal gantois paraît donc aller manifestement à l'encontre de l'équité qui doit guider le juge lors de la détermination du préavis raisonnable ou de l'indemnité complémentaire. Le seul cas dans lequel il pourrait ne pas être tenu compte de l'existence d'une sous-concession préalable à la concession serait celui où le concédant aurait été amené à indemniser directement (ou indirectement via le concessionnaire) le sous-concessionnaire à la fin de la période de sous-concession, conformément à l'article 5 de la loi<sup>98</sup>.

### CHAPITRE III. LES CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE

**38.** L'article 3bis, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 27 juillet 1961 dispose que: "*Lorsqu'une concession de vente soumise à la présente loi est accordée pour une durée déterminée, les parties sont censées avoir consenti à un renouvellement du contrat, soit pour une durée indéterminée, soit pour la durée prévue dans une clause éventuelle de reconduction tacite, à défaut pour elles d'avoir notifié un préavis par lettre recommandée remise à la poste trois mois au moins et six mois au plus avant l'échéance convenue.*"

Le tribunal de commerce de Mons a fait une application selon nous discutable de cette règle dans son jugement du 15 mai 2003<sup>99</sup> en rejetant la prétention du concédant de voir le contrat qualifié comme étant à durée déterminée et de considérer qu'il y avait légalement mis fin en notifiant un préavis dans le délai visé à l'article 3bis, alors que le contrat initial d'une durée de 22 mois avait fait l'objet d'une prolongation d'un an. Le tribunal a jugé que "*à défaut pour [le concédant] de démontrer que les conditions requises à l'article 3bis de la loi ont été respectées, la prolongation de la convention initiale doit être présumée réalisée pour une durée indéterminée, et non pour une durée d'un an.*" On doit en effet constater que le contrat avait été prolongé d'un an, manifestement en accord avec le concessionnaire (sans quoi celui-ci aurait cessé de l'exécuter ou aurait objecté au renouvellement, ce qui à la lecture du jugement n'apparaît pas avoir été le cas). Cette prolongation de commun accord doit, selon nous, s'assimiler à un renouvellement. Dans un tel cas, il n'y avait pas lieu à appliquer le premier alinéa de l'article 3bis, mais le second, qui dispose que: "*Lorsqu'une concession de vente à durée déterminée a été renouvelée à deux reprises, que les clauses du contrat primitif aient ou non été modifiées entre les mêmes parties, ou lorsqu'elle a été tacitement reconduite à deux reprises par l'effet d'une clause du*

*contrat, toute prorogation ultérieure est censée consentie pour une durée indéterminée.*"

**39.** La Cour de cassation a rendu le 22 décembre 2005 un arrêt sur la question des concessions à durée déterminée, rejetant le concept de période d'essai dans le domaine des concessions de vente exclusive<sup>100</sup>.

Les faits étaient quelque peu complexes. Les parties avaient été liées par une concession de vente exclusive à durée indéterminée à laquelle le concédant avait unilatéralement mis fin moyennant un bref préavis, invoquant divers griefs à charge du concessionnaire, que celui-ci avait reconnus justifiés et pour lesquels il avait présenté ses excuses. Le concédant avait alors accepté de reprendre des relations pendant une période d'essai de six mois. À l'expiration de cette période d'essai, le concédant soumit à la signature du concessionnaire un nouveau projet de contrat contenant plusieurs modifications par rapport à la situation antérieure, que le concessionnaire ne put accepter. Les parties poursuivirent néanmoins leurs relations pendant quelques années, avant que le concédant ne mette fin définitivement aux relations. La cour d'appel avait estimé qu'en l'absence d'accord entre les parties à l'issue de la période d'essai sur les termes du contrat modifié, il convenait d'en déduire qu'il n'existait plus de contrat de concession de vente exclusive entre eux. En l'absence d'autre preuve d'une exclusivité accordée au concessionnaire après la fin de la "*période d'essai*", la cour le débouta de ses demandes d'indemnités fondées sur la loi de 1961.

La Cour de cassation, après avoir rappelé le texte de l'article 3bis de la loi, a censuré cette décision en relevant qu'"*il ressort des travaux parlementaires de la loi du 13 avril 1971 ayant inséré cet article dans la loi du 27 juillet 1961, que*

<sup>96.</sup> Comm. Gand 23 juin 2003, *T.G.R.* 2003, p. 272 et note P. PELS.

<sup>97.</sup> Sur la question de savoir si l'ancienneté doit ou non être prise en considération parmi les critères de détermination de la durée de préavis raisonnable, voy. *infra*, n° 75.

<sup>98.</sup> En ce sens, voy. P. PELS, note sous Comm. Gand 23 juin 2003, *T.G.R.* 2003, p. 272.

<sup>99.</sup> Comm. Mons 15 mai 2003, *DAOR* 2003, p. 422.

<sup>100.</sup> Cass. 22 décembre 2005, *Pas.* 2005, I, p. 2587.

*cette disposition légale, qui est de droit impératif, vise à empêcher que le concessionnaire soit privé de la protection que la loi lui offre par la conclusion successive de conventions à durée déterminée; qu'il s'ensuit que l'article 3bis précité s'applique à toute concession à durée déterminée, eût-elle été conclue à l'essai*".

Puisque la Cour de cassation considère le contrat de concession conclu pour une période d'essai comme un contrat à durée déterminée, il ne pourra légalement y être mis fin qu'en se conformant à la formalité (notification par lettre recommandée) et en respectant les délais (trois mois au moins et six mois au plus avant la fin) fixés dans l'article

3bis de la loi. Pareille exigence enlève évidemment toute utilité pratique à la conclusion d'un contrat de concession de vente pour une courte période d'essai.

40. On relèvera ici également un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 27 avril 2004 qui, concernant un contrat de concession que la cour a estimé non soumis à la loi de 1961 (en raison du fait qu'il était exécuté intégralement en dehors de la Belgique<sup>101</sup>), a décidé que lorsqu'une durée minimale a été prévue, il ne peut être déterminé lors de la conclusion du contrat combien de temps il durera, et que le contrat doit dès lors être considéré comme conclu pour une durée indéterminée<sup>102</sup>.

## CHAPITRE IV. LA FAUTE GRAVE

### Section 1. La résiliation pour faute grave

41. L'article 2 de la loi du 27 juillet 1961 fait de la faute grave commise par l'une des parties au contrat la seule exception qui permette à l'autre partie de résilier la concession de vente sans préavis ni indemnité.

42. La jurisprudence continue à suivre la définition classique de la faute grave, à savoir la faute qui exclut toute possibilité de poursuite de la collaboration entre les parties que requiert l'exécution du contrat<sup>103</sup>.

Elle est donc incompatible avec la notification d'un préavis, qui suppose que les relations entre parties se poursuivent pendant la durée de ce préavis<sup>104</sup>.

Se référant au commentaire que nous avons fait dans notre précédent examen, la cour d'appel de Liège a estimé toutefois dans un arrêt du 18 décembre 2003 qu'"il ne peut être érigé en règle absolue que la faute grave est incompatible avec l'octroi d'un préavis"<sup>105</sup>. Avec tout le respect que nous devons aux magistrats liégeois, permettons-nous de souligner que nous n'avons pas défendu cette thèse mais bien celle selon laquelle une brève poursuite des relations, dans le but de permettre à la victime de la faute de s'organiser pour la transition de ses activités et de limiter ainsi son dommage, n'est pas incompatible avec l'existence d'une faute grave, pour autant que ce délai de "survie" du contrat soit bref et que la partie qui s'en prévaut prenne soin de viser expressément la faute grave dans son courrier de rupture et d'y mentionner que le délai ainsi octroyé n'est pas un préavis<sup>106</sup>.

C'est d'ailleurs pour ces motifs que la cour d'appel de Liège, dans l'espèce précitée, nous paraît avoir rejeté l'existence d'une faute grave dans un cas où la partie se disant victime d'une telle faute grave avait octroyé à l'autre un délai de préavis de plus de quatre mois "sans justifier des raisons particulières pour lesquelles celui-ci est octroyé"<sup>107</sup>.

La cour d'appel de Bruxelles nous paraît à cet égard avoir fait preuve d'une sévérité excessive en refusant dans son arrêt du 27 septembre 2005 de reconnaître à un concédant le droit de se prévaloir de la faute grave commise par le concessionnaire (que celui-ci contestait par ailleurs) pour le motif que le concédant avait indiqué dans sa lettre de rupture que la concession (qui durait depuis près de 30 ans) prendrait fin au moment où un nouveau distributeur pour ses produits serait opérationnel et au plus tard trois mois après l'envoi de cette lettre, ce délai ayant ensuite été ramené à six semaines<sup>108</sup>. Il est vrai qu'il ne ressort pas des termes de l'arrêt que le concédant aurait accompagné l'envoi de sa lettre de rupture des précautions que nous avons suggérées.

43. L'incompatibilité d'une faute grave avec la poursuite des relations entre les parties implique également que la faute grave soit dénoncée par la partie qui s'en prétend la victime immédiatement après qu'elle en ait eu connaissance.

Ainsi, dans son arrêt déjà cité du 18 décembre 2003, la cour d'appel de Liège a rejeté l'invocation de la faute grave après avoir constaté que le comportement du concessionnaire que le concédant stigmatisait dans sa lettre de rupture n'était pas nouveau et était connu de lui depuis au moins trois mois

<sup>101</sup>. Sur cette question, voy. *infra*, n° 149.

<sup>102</sup>. Bruxelles 27 avril 2004, *R.D.C.* 2007, p. 973.

<sup>103</sup>. Liège 18 décembre 2003, *R.D.C.* 2005, p. 50; Liège 15 juin 2006, *R.D.C.* 2007, p. 1015; Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002; Gand 5 novembre 2007, *NjW* 2008, p. 500.

<sup>104</sup>. Liège 15 juin 2006, *R.D.C.* 2007, p. 1015.

<sup>105</sup>. Liège 18 décembre 2003, *R.D.C.* 2005, p. 50.

<sup>106</sup>. Examen 2003, n° 30; sur cette question, voy. également *infra*, n° 50.

<sup>107</sup>. Liège 18 décembre 2003, *R.D.C.* 2005, p. 50.

<sup>108</sup>. Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

avant l'envoi de la lettre de rupture<sup>109</sup>. La cour d'appel de Bruxelles a considéré pour sa part dans son arrêt du 25 mars 2005 qu'était tardive l'invocation par le concessionnaire d'une prétendue faute grave du concédant qui n'aurait pas respecté l'exclusivité qui lui avait été consentie dès lors que ce concessionnaire avait attendu 5 mois avant de réagir<sup>110</sup>.

**44.** Lorsqu'une partie met fin au contrat moyennant préavis, l'autre partie peut-elle soutenir que cette rupture est fautive en invoquant des manquements survenus en cours de préavis? Cette question assez inhabituelle (qui s'expliquait en l'espèce par le fait que la concession produisait ses effets entièrement à l'étranger et que l'application de la loi de 1961 était donc contestée<sup>111</sup>) a reçu une réponse négative de la cour d'appel de Bruxelles qui a jugé dans un arrêt du 30 janvier 2004 que la non-exécution de commandes par le concédant en cours de préavis, étant postérieure à la signification de la rupture, ne pouvait être prise en considération pour soutenir qu'elle était fautive<sup>112</sup>.

En réalité, il nous semble que la question qui se pose dans ce cas n'est pas de savoir si un tel manquement peut rendre rétroactivement fautive une résiliation unilatérale moyennant préavis, ce à quoi la cour d'appel nous paraît avoir répondu à bon droit par la négative, mais de savoir si la victime de la faute est dans ce cas encore tenue de poursuivre la collaboration pendant la durée du préavis restant à courir. Il nous semble que le manquement grave commis par une partie en cours de préavis peut assurément fonder la résolution du contrat aux torts de cette partie, ou sa résiliation en application de l'article 2 de la loi, dès lors qu'il est de doctrine et de jurisprudence constante qu'en cours de préavis, le contrat doit continuer à être exécuté normalement<sup>113</sup>.

**45.** La cour d'appel de Bruxelles a rappelé dans son arrêt du 27 avril 2004 que des griefs qui n'ont pas été invoqués lors de la dénonciation du contrat mais qui le sont en cours de procédure ne peuvent être pris en considération, car ils ne peuvent constituer *post factum* un fondement à la décision de rupture<sup>114</sup>. Soulignons à cet égard que la jurisprudence a antérieurement admis que la notification immédiate de la faute grave n'empêche pas la victime de pouvoir développer ultérieurement ses griefs, pour autant qu'ils aient à tout le moins été mentionnés lors de la rupture<sup>115</sup>.

**46.** Au cours de la période examinée, ont été considérés comme constituant une faute grave:

- le défaut de paiement persistant du concessionnaire, alors que le concédant l'avait mis en demeure de régler le solde dû et que le concessionnaire avait accepté de procéder à un premier versement qu'il n'avait finalement pas exécuté<sup>116</sup>;
- la réalisation par le concessionnaire de ventes actives vers les pays voisins dans lesquels le concédant avait désigné d'autres distributeurs exclusifs, ce qui était connu du concessionnaire, et ce alors même qu'aucun contrat écrit n'avait été signé<sup>117</sup>. Cette décision paraît particulièrement sévère car, en l'absence d'un contrat écrit, une interdiction de ventes actives ne peut se présumer. En effet, la liberté du commerce est le principe. Les restrictions de concurrence y constituent donc une exception et doivent être prouvées. La simple connaissance par le distributeur belge de l'existence de distributeurs exclusifs à l'étranger ne nous paraît pas pouvoir constituer une telle preuve;
- le comportement jugé déloyal du concessionnaire qui, ayant déposé dans le Benelux la marque du concédant sans l'en informer, tenta ensuite de monnayer la cession de l'enregistrement de cette marque demandée par le concédant, par une remise de dette sur des factures qu'il avait laissées impayées et alla jusqu'à menacer d'utiliser la marque Benelux pour interférer sur le marché néerlandais où le concessionnaire ne s'était jusqu'alors jamais aventuré, qualifié par la cour d'appel de Liège de "*véritable chantage à la désorganisation du réseau de distribution*"<sup>118</sup>.

En revanche, ont été jugés comme ne constituant pas une faute grave de la part du concessionnaire:

- la distribution de produits concurrents par le concessionnaire si celle-ci n'était pas interdite par la convention de concession<sup>119</sup>;
- le non-respect de quotas de vente fixés unilatéralement par le concédant (dans un courrier) et dont il n'était pas démontré qu'ils avaient été acceptés par le concessionnaire<sup>120</sup>;
- la baisse substantielle du chiffre d'affaires réalisé sur les ventes des produits concédés<sup>121</sup>;
- des approvisionnements ponctuels et limités auprès d'un tiers par le concessionnaire, tenu par une obliga-

<sup>109.</sup> Liège 18 décembre 2003, *R.D.C.* 2005, p. 50.

<sup>110.</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985.

<sup>111.</sup> Sur cette question, voy. *infra*, n° 148.

<sup>112.</sup> Bruxelles 30 janvier 2004, *R.D.C.* 2005, p. 55 et *R.D.C.* 2007, p. 969.

<sup>113.</sup> Voy. *infra*, n° 101.

<sup>114.</sup> Bruxelles 27 avril 2004, *R.D.C.* 2007, p. 973.

<sup>115.</sup> Voy. Examen 2003, n° 33.

<sup>116.</sup> Gand 5 novembre 2007, *NjW* 2008, p. 500.

<sup>117.</sup> Bruxelles 15 mars 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 479 et obs. C. STAUDT et P. KILESTE.

<sup>118.</sup> Liège 15 juin 2006, *R.D.C.* 2007, p. 1015.

<sup>119.</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985; 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

<sup>120.</sup> Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416.

<sup>121.</sup> *Idem*.

tion d'approvisionnement exclusif, mais connus du concédant qui n'avait pas émis de protestations à ce sujet<sup>122</sup>.

A été jugée comme ne constituant pas une faute grave de la part du concédant l'abstention du concédant de répondre positivement à une mise en demeure d'intervenir auprès de son distributeur ou client hollandais pour que celui-ci s'abstienne de vendre ses produits en Belgique, la cour ayant toutefois noté qu'il existait un doute quant à la qualification juridique des relations entre le concédant et le revendeur hollandais et qu'elle ne pouvait dès lors pas vérifier s'il pouvait être déduit de ces relations que le concédant avait le droit d'imposer à ce revendeur des restrictions de concurrence compatibles avec le droit européen (ce qui laisse présumer, a contrario, que s'il avait été établi que le concédant pouvait imposer pareilles restrictions à son revendeur étranger, son refus d'intervenir pour faire cesser des importations parallèles via des ventes actives vers la Belgique eût alors été constitutif de faute grave)<sup>123</sup>.

## Section 2. Conséquences de la rupture pour faute grave: loi du 27 juillet 1961 ou droit commun

47. Il arrive qu'une partie au contrat de concession de vente considère que l'autre partie a manqué à ses obligations, sans pour autant que pareil manquement ne rende immédiatement impossible la poursuite des relations, et qu'elle opte dès lors pour l'introduction d'une action en résolution judiciaire du contrat pour inexécution fautive, sur pied de l'article 1184 du Code civil. Bien que ne correspondant pas à la notion de faute grave permettant la résiliation de la concession sans préavis ni indemnité au sens de l'article 2 de la loi, telle que rappelée ci-dessus<sup>124</sup>, le manquement contractuel invoqué à l'appui d'une telle demande de résolution judiciaire doit néanmoins présenter lui-même un caractère de gravité suffisant, comme l'a jugé la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 25 mars 2005: "*Pour que le juge puisse prononcer la résolution d'un contrat, il ne suffit pas qu'il constate l'existence d'un manquement contractuel, il faut aussi qu'il le considère comme suffisamment grave.*"<sup>125</sup>.

Dans cette espèce, la cour n'a cependant pas procédé à la vérification de la gravité du manquement invoqué, au motif qu'il n'avait pas été invoqué immédiatement après sa prise

de connaissance par la partie qui s'en prévalait<sup>126</sup>. Si cette analyse est indiscutablement correcte, la motivation adoptée à cet égard par la cour paraît beaucoup plus discutable. Selon la cour d'appel, "*il ne peut être soutenu que le contrat n'a plus aucune utilité économique pour la partie qui entend obtenir du juge qu'il en prononce la dissolution avec effet rétroactif. On ne peut en effet prétendre qu'un contrat est rompu et en poursuivre normalement l'exécution*". Pareille motivation nous paraît inconciliable avec le mécanisme même de la résolution judiciaire pour inexécution fautive qui implique que les relations entre les parties se poursuivent jusqu'à la décision du juge prononçant la résolution (à moins que la victime du manquement ait choisi d'anticiper à ses propres risques une telle décision).

48. Selon l'article 1184 du Code civil, lorsque le juge estime la demande de résolution judiciaire fondée, il peut condamner l'auteur du manquement grave à des dommages et intérêts.

La cour d'appel de Bruxelles a indiqué dans son arrêt du 27 septembre 2005 que les articles 2 et 3 de la loi du 27 juillet 1961 visent la situation dans laquelle il est mis fin au contrat pour d'autres motifs que la faute grave de l'une des parties. Elle a cependant souligné que cela n'empêche pas que l'indemnisation revenant à la victime d'un manquement grave ayant justifié sa résolution immédiate du contrat soit calculée sur la base de ces dispositions, en jugeant que l'objectif poursuivi ne pouvait pas être qu'un concessionnaire de vente exclusif soit privé des droits accordés par ces articles en raison du fait que le concédant avait mis fin fautivement à la concession en invoquant à tort un manquement du concessionnaire<sup>127</sup>.

Il convient de rappeler que, contrairement à ce qu'a indiqué la cour d'appel, l'article 3 de la loi est expressément applicable au cas où le concessionnaire a mis fin au contrat en raison de la faute du concédant ("*Si la concession de vente visée à l'article 2 est résiliée par le concédant pour d'autres motifs que la faute grave du concessionnaire, ou si ce dernier met fin au contrat en raison d'une faute du concédant, le concessionnaire peut prétendre à une indemnité complémentaire équitable. (...)*"). Le raisonnement suivi par la cour est donc justifié par rapport à la juste indemnité visée à l'article 2 de la loi, mais pour ce qui est de l'indemnité complémentaire, il est superflu de raisonner par analogie avec l'article 3 puisque celui-ci est directement applicable.

<sup>122</sup> Liège 14 avril 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1884.

<sup>123</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985.

<sup>124</sup> *Voy supra*, n° 42.

<sup>125</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985.

<sup>126</sup> *Voy supra*, n° 43.

<sup>127</sup> Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

### Section 3. Les clauses résolutoires expresses: les pactes commissaires et les conditions résolutoires

#### A. Principes

49. Rappelons que, malgré les différentes critiques à cet égard<sup>128</sup>, la validité des pactes commissaires exprès a été reconnue par un arrêt de la Cour de cassation du 19 avril 1979<sup>129</sup> et celle des conditions résolutoires expresses par un arrêt du 30 juin 1995<sup>130,131</sup>.

#### B. Octroi d'une période de transition

50. La cour d'appel de Liège a jugé que la mise en œuvre par une partie d'un pacte commissaire exprès n'était pas incompatible avec l'octroi par elle d'une période de transition – en l'espèce 3 mois – qui permet à la partie qui subit la résolution du contrat de limiter son dommage<sup>132</sup>.

Cette décision est évidemment à mettre en rapport avec la jurisprudence relative à la possibilité pour le concédant qui désire mettre fin au contrat pour faute grave du concessionnaire d'assortir sa décision de mettre fin au contrat d'un bref délai "de survie", afin de permettre au concessionnaire de prendre les dispositions nécessaires pour limiter son dommage<sup>133</sup>.

À moins qu'il ne puisse être établi que, ce faisant, le concédant nie en réalité la gravité du manquement justifiant l'invocation du pacte commissaire exprès, cette solution nous paraît devoir être approuvée. La solution inverse, qui consisterait à considérer d'office que l'octroi d'un tel délai, voulu en fait davantage comme un délai de "grâce" ou comme un délai "de transition" destiné à permettre de limiter les inconvénients résultant de l'invocation d'un pacte commissaire exprès (au demeurant tant pour le concédant

que pour le concessionnaire), aboutirait en effet à des situations dans lesquelles l'invocation d'un tel pacte nuirait davantage aux intérêts des deux parties.

#### C. Cas d'application

51. Au cours de la période examinée, ont été reconnus comme valables les pactes commissaires exprès suivants:

- le fait que le concessionnaire devienne insolvable ou cesse ses paiements<sup>134</sup>;
- le défaut de paiement suivant les conditions et délais de paiement prévus par la convention<sup>135</sup>;
- le non-respect des quotas fixés<sup>136</sup>.

52. Encore qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une condition résolutoire – en ce qu'elle n'entraîne pas la fin du contrat – la clause autorisant le concédant à désigner un autre concessionnaire dans le territoire au cas où le concessionnaire exclusif n'atteint pas certains résultats a été, sous réserve d'abus de droit non rencontré en l'espèce, validée par la cour d'appel de Bruxelles<sup>137</sup>.

#### D. Contrôles encore possibles

53. Nous avons rappelé dans nos examens précédents que le juge est toujours tenu de vérifier si les conditions d'application de la clause sont bien réunies<sup>138</sup>.

Une illustration peut en être trouvée dans l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 21 février 2008 que nous avons critiqué précédemment<sup>139</sup>, dans lequel la cour a considéré que le pacte commissaire exprès visant le changement de contrôle de la société concessionnaire pouvait être invoqué pour sanctionner le changement de contrôle au sein de la société

<sup>128</sup>. Examen 1998, p. 49, nos 36 et s. et Examen 2003, nos 38 et s.; voy. également P. KILESTE, "La concession de vente", *o.c.*, n° 48.

<sup>129</sup>. Cass. 19 avril 1979, *Pas.* 1979, I, p. 981 avec note; *R.C.J.B.* 1981, p. 26 avec note COLPAERT et BÜTZLER, "La licéité de la clause résolutoire expresse dans le contrat de concession exclusive" et *J.C.B.* 1980, p. 440, avec note MAUSSON, "La clause résolutoire expresse dans les contrats de concession exclusive".

<sup>130</sup>. Cass. 30 juin 1995, *Pas.* 1995, I, p. 724; *R.W.* 1995-96, p. 829; l'arrêt confirme Bruxelles 3 décembre 1992, *J.T.* 1994, p. 599 et *R.W.* 1992-93, p. 1342.

<sup>131</sup>. Dans notre examen précédent (Examen 2003, n° 39), nous nous interrogeons sur une évolution de cette matière compte tenu de l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence dans la mesure où dans ce cas, de nombreux auteurs estiment que le juge doit pouvoir exercer un contrôle effectif sur les motifs graves invoqués par les parties pour mettre fin aux relations contractuelles, quand bien même celles-ci auraient été définies au préalable dans une clause résolutoire. Cette position semble avoir été confirmée par la jurisprudence qui a jugé illégale la condition résolutoire expresse en matière d'agence commerciale parce qu'elle constituait une restriction au contrôle judiciaire des circonstances exceptionnelles et violait par conséquent le caractère impératif de l'art. 19 § 4 de la loi sur le contrat d'agence (Comm. Bruxelles 27 janvier 2000, R.G. n° 11826/98, *inédit*, cité in S. et M. WILLEMART, "Examen de jurisprudence. Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995) (1995-2004)", *J.T.* 2005, p. 89). Cette jurisprudence n'a cependant pas influencé les décisions sur ce sujet en matière de concession de vente.

<sup>132</sup>. Liège 23 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 962.

<sup>133</sup>. Sur cette question, voy. *supra*, n° 42.

<sup>134</sup>. Liège 15 juin 2004, *R.D.C.* 2005, p. 945; sur cette décision, voy. également *infra*, n° 55.

<sup>135</sup>. Liège 23 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 962.

<sup>136</sup>. Liège 27 avril 2006, *R.D.C.* 2007, p. 182 et note P. KILESTE et C. STAUDT, "Les conditions résolutoires en matière de contrat de concession", *J.L.M.B.* 2007, p. 489.

<sup>137</sup>. Bruxelles 1<sup>er</sup> avril 2003, *R.D.C.* 2005, p. 569.

<sup>138</sup>. Examen 1998, n° 41; Examen 2003, n° 43.

<sup>139</sup>. Voy. *supra*, n° 28.

holding qui détenait le contrôle de la société concessionnaire.

**54.** Il a également été rappelé que le concédant qui entend se prévaloir d'une clause résolutoire expresse doit y faire référence dans sa lettre de résiliation, faute de quoi la clause ne trouvera pas à s'appliquer<sup>140</sup>.

**55.** Pour le surplus, la jurisprudence reconnaît au juge un certain pouvoir d'appréciation lorsque la clause est rédigée en des termes généraux.

Ainsi, la cour d'appel de Liège a rappelé que *"le pouvoir du juge se limite à vérifier la matérialité du manquement allégué, sans aucune appréciation de sa gravité, à moins que la clause soit libellée en des termes généraux ou que le créancier de l'obligation violée abuse de son droit de rupture"*<sup>141</sup>. Elle a confirmé cette position dans un autre arrêt, estimant que, dans la mesure où la clause est rédigée en des termes généraux, il est permis au tribunal d'apprécier et de se prononcer sur la gravité du manquement<sup>142</sup>. En l'espèce, il était stipulé que *"le contrat prend fin, sans mise en demeure et de plein droit... si le dealer devient insolvable ou cesse ses paiements"*. La cour a considéré ici que ces termes pouvaient viser le défaut répété de paiement des factures du concédant ou d'une société tierce chargée d'assurer le financement de véhicules mis en consignation chez le concessionnaire.

**56.** La jurisprudence<sup>143</sup> a également rappelé l'enseignement devant être tiré de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2001<sup>144</sup>, aux termes duquel le fait qu'un contrat contient une clause résolutoire prévoyant la résolution de plein droit du contrat ne dispense pas la partie qui souhaite l'invoquer d'adresser à l'autre une mise en demeure préalable.

La nécessité d'une telle mise en demeure n'est pas toujours reconnue. Un arrêt de la cour d'appel de Liège du 23 novembre 2004<sup>145</sup> a ainsi considéré qu'une telle mise en demeure ne s'imposait pas dès lors que le contrat la rendait obligatoire dans certains cas mais pas dans d'autres, dont celui invoqué pour l'application de la clause.

Le tribunal pourrait également refuser l'invocation d'une clause résolutoire expresse contraire à la loi. Par un arrêt du 7 février 2005<sup>146</sup>, statuant sur appel d'une ordonnance rendue en référé, la cour d'appel de Bruxelles, statuant en

référé, a examiné la validité d'un pacte commissaire exprès au regard du règlement européen n° 1400/2002. Elle considéra que, de prime abord, une telle clause résolutoire, qui permet d'éviter l'intervention préalable d'un expert dans les cas (non limitativement) prévus par le règlement n° 1400/2002 semble incompatible avec celui-ci et suspendit donc les effets de la résolution. Sur ce point, la décision de la cour est contraire à la solution qui fut apportée à cette question par la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt du 18 janvier 2007 (voir *infra*, n° 169).

**57.** Dans nos précédents examens, nous avons fait observer que l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1995 laissait cependant entendre qu'une condition résolutoire ne pourrait être acceptée si elle était entachée de nullité<sup>147</sup>. L'arrêt réservait également l'hypothèse de l'invocation d'une condition résolutoire dans des conditions qui seraient contraires à la bonne foi.

Cette réserve a été confirmée par la jurisprudence<sup>148</sup>.

La cour d'appel de Liège a à cet égard rappelé que *"le tribunal conserve cependant le pouvoir de contrôler, a posteriori et à la demande du débiteur, la manière dont la clause a été exercée. Il peut ainsi sanctionner une mise en œuvre du pacte commissaire exprès qui serait intervenue de manière irrégulière ou dans des conditions contraires à la bonne foi"*<sup>149</sup>. En l'espèce, la cour souligna que par son attitude, le concédant avait rendu plus difficile le respect des quotas par le distributeur de telle sorte que la mise en œuvre du pacte commissaire lié au non-respect des quotas était intervenue dans des conditions contraires à la bonne foi.

**58.** Dans un arrêt du 15 juin 2004<sup>150</sup>, la même cour d'appel de Liège a considéré que le fait que le concédant ait proposé au concessionnaire une résiliation de commun accord de la concession ne le privait pas du droit de se prévaloir du pacte commissaire exprès figurant au contrat après que ses propositions aient été rejetées.

## Section 4. La caducité du contrat

**59.** Dans nos examens précédents, nous avons abordé la question de savoir si l'arrêt, par le concédant, de la fabrica-

<sup>140.</sup> Liège 18 décembre 2003, *J.L.M.B.* 2004, p. 33 et *R.D.C.* 2005, p. 50 et Liège 23 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 962.

<sup>141.</sup> Liège 23 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 962.

<sup>142.</sup> Liège 15 juin 2004, *R.D.C.* 2005, p. 945.

<sup>143.</sup> Liège 27 avril 2006, *R.D.C.* 2007, p. 182, *J.L.M.B.* 2007, p. 489 et les références citées dans l'arrêt.

<sup>144.</sup> Cass. 19 janvier 2001, *inédit*, R.G. C.99.0294. N. cité dans notre Examen 2003, n° 43.

<sup>145.</sup> Liège 23 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 962.

<sup>146.</sup> Bruxelles 7 février 2005, *R.D.C.* 2005, p. 972.

<sup>147.</sup> Examen 1998, n° 42; Examen 2003, n° 44. Sur cette question, voy. P. KILESTE, "Quelques réflexions sur la licéité des conditions résolutoires expresses en matière de concession de vente exclusive à durée indéterminée", *R.D.C.* 1990, p. 717 et J. BILLIET, "Enkele actueel problemen inzake concessies van alleenverkoop" (note sous Anvers 24 février 1988), *DAOR* 1991, n° 18, p. 63.

<sup>148.</sup> Voy. notamment Liège 23 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 962.

<sup>149.</sup> Liège 27 avril 2006, *R.D.C.* 2007, p. 182; *J.L.M.B.* 2007, p. 489.

<sup>150.</sup> Liège 15 juin 2004, *R.D.C.* 2005, p. 945.

tion des produits faisant l'objet du contrat de concession, pouvait faire échapper celui-ci au paiement des indemnités compensatoire et complémentaire<sup>151</sup>. La question n'a pas fait l'objet de nouvelles décisions au cours de la période examinée.

60. Une question spécifique s'est toutefois posée dans le domaine de la distribution automobile<sup>152</sup>, mais pourrait concerner tout autre secteur dans lequel un changement législatif comparable interviendrait. En l'occurrence, la distribution automobile a fait, en 2002, l'objet d'une réforme importante, contenue dans le règlement n° 1400/2002<sup>153</sup> qui entrait en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2002. Ce règlement prévoyait une période transitoire expirant le 30 septembre 2003, date à laquelle les différentes marques ou importateurs devaient avoir adapté leurs contrats aux exigences nouvelles de ce règlement<sup>154</sup>. Certains constructeurs se sont basés sur l'entrée en vigueur de ce nouveau règlement pour invoquer la caducité des contrats en cours à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2003.

Le tribunal de commerce de Bruxelles a suivi cette thèse dans un jugement du 28 mars 2006 en considérant que le contrat alors en cours ne répondait plus, au 1<sup>er</sup> octobre 2003, à la nouvelle réglementation européenne et qu'il s'était donc vu "*frappé d'illicéité par la volonté non [du concédant], mais du législateur européen*" de telle sorte que l'exécution en nature de ce contrat était devenue impossible suivant le mode convenu d'une distribution exclusive. Constatant que cette exclusivité apparaissait comme un élément essentiel du contrat, le tribunal a jugé que sa disparition entraînait la disparition du contrat en cause et, en outre, que, dans la mesure où cette dissolution du contrat ne pouvait être imputée au concédant, le concessionnaire ne pouvait prétendre à aucune indemnité<sup>155</sup>.

La solution retenue par le tribunal nous paraît critiquable. On peut en effet légitimement se poser la question de savoir si le règlement n° 1400/2002 entraînait une impossibilité juridique d'exécuter le contrat en cours, comme l'a admis la déci-

sion commentée. L'un des auteurs de cet examen a commenté ce jugement par ailleurs et nous nous permettons donc d'y renvoyer le lecteur<sup>156</sup>.

## Section 5. Acte équipollent à rupture

61. Nous avons déjà rappelé que la volonté de rompre le contrat peut être implicite. Dans un arrêt du 22 octobre 1998, la Cour de cassation avait ainsi jugé que "*le manquement d'une des parties à ses obligations peut constituer la preuve de la volonté de celle-ci de mettre fin au contrat de concession*" de telle sorte que "*le juge du fond décide souverainement si les manquements commis par un concédant révèlent sans ambiguïté sa volonté de mettre fin au contrat, pour autant qu'il ne déduise pas cette volonté d'éléments de fait qui ne justifieraient pas cette décision; qu'il ne doit pas nécessairement, pour étayer cette décision, constater que le concédant a apporté une modification importante à un élément essentiel des relations contractuelles*"<sup>157</sup>.

S'inspirant de cet enseignement de la Cour, et citant Fierens et Thieffry<sup>158</sup>, le tribunal de commerce de Liège a ainsi jugé que l'on "*peut admettre de manière générale qu'en imposant une modification importante d'un élément essentiel du contrat et en en faisant une condition sine qua non de celui-ci, la partie qui agit de la sorte manifeste son intention de rompre le contrat*"<sup>159</sup>. Le tribunal a cependant estimé que tel n'était pas le cas en l'espèce, notamment parce qu'il n'était pas établi que la demande de modification du contrat émanant du concédant excluait toute possibilité de négociation.

Il a en outre été jugé qu'en enlevant les véhicules en consignment chez son concessionnaire sans que celui-ci ne s'y oppose et alors que le concessionnaire était dans l'impossibilité ou en défaut de payer la majorité de ces véhicules, le concédant n'avait pas posé d'acte équipollent à rupture<sup>160</sup>.

<sup>151</sup>. Examen 2003, n°s 45 et s.; voy. également P. KILESTE, "La concession de vente", *o.c.*, n° 51, p. 51 et note sous Comm. Bruxelles 2 décembre 1985, *R.D.C.* 1988, p. 638.

<sup>152</sup>. À cet égard, P. KILESTE et C. STAUDT, "Le règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 de la Commission européenne en matière de distribution automobile", *J.T.* 2003, pp. 141 à 153.

<sup>153</sup>. Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'art. 81 § 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *J.O.C.E. L.* 203/30 du 1<sup>er</sup> août 2002, p. 30.

<sup>154</sup>. Un des principaux changements introduits par le règlement fut, sous réserve des parts de marché détenues par le constructeur, d'interdire en règle générale la combinaison d'un système de distribution sélective avec un système de distribution exclusive.

<sup>155</sup>. Comm. Bruxelles 28 mars 2006, *J.T.* 2006, p. 510 et note P. KILESTE et C. STAUDT, "Changement législatif et caducité des contrats. L'entrée en vigueur du règlement 1400/2002 a-t-elle frappé de caducité les contrats conclus avant son entrée en vigueur?", *J.T.* 2006, p. 511; voy. également P. KILESTE et C. STAUDT, "Le règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 de la Commission européenne en matière de distribution automobile", *J.T.* 2003, n°s 77 et s.

<sup>156</sup>. P. KILESTE et C. STAUDT, "Changement législatif et caducité des contrats. L'entrée en vigueur du règlement 1400/2002 a-t-elle frappé de caducité les contrats conclus avant son entrée en vigueur?", *J.T.* 2006, p. 511; voy. également P. KILESTE et C. STAUDT, "Le règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 de la Commission européenne en matière de distribution automobile", *J.T.* 2003, n°s 77 et s.

<sup>157</sup>. Cass. 22 octobre 1998, *R.D.C.* 1999, p. 262.

<sup>158</sup>. J.-P. FIERENS et B. THIEFFRY, "Les notions de 'faute grave' et 'd'acte équipollent à rupture' dans les concessions de vente exclusive", *Droit de la distribution*, 1994, p. 42.

<sup>159</sup>. Comm. Liège 16 avril 2004, *DAOR* 2004, p. 29.

<sup>160</sup>. Liège 15 juin 2004, *R.D.C.* 2005, p. 945.

## CHAPITRE V. LA RÉSILIATION SANS MOTIF GRAVE: LE CHOIX ENTRE LE PRÉAVIS ET L'INDEMNITÉ

### Section 1. Le choix et les conséquences du choix

#### A. Rappel des principes

62. On sait que l'article 2 de la loi prévoit que, à défaut de pouvoir se prévaloir d'une faute grave d'une partie, l'autre partie ne peut mettre fin à un contrat de concession exclusive de vente à durée indéterminée soumis à la loi du 27 juillet 1961 que "*moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité, à déterminer par les parties au moment de la dénonciation du contrat*".

Au cours de la période examinée, la jurisprudence a rappelé les principes déjà dégagés de longue date en la matière, et qui nous paraissent pouvoir être résumés comme suit:

- l'obligation d'allouer une telle indemnité compensatoire de préavis ne constitue pas une obligation contractuelle autonome, mais une obligation se substituant à l'obligation contractuelle de respecter un préavis raisonnable qui n'est pas remplie<sup>161,162</sup>;
- néanmoins, dans les faits, c'est à la partie qui résilie le contrat sans invoquer de faute grave qu'il appartient d'opter entre l'exécution du préavis raisonnable et le paiement d'une juste indemnité<sup>163</sup>;
- la résiliation, une fois notifiée, est irrévocable, en ce qu'elle est un acte unilatéral réceptice, de telle sorte que le concédant ne pourrait, une fois la résiliation intervenue, imposer au concessionnaire qui réclame le bénéfice d'une indemnité compensatoire de préavis, d'accepter une prolongation du délai de préavis qui lui fut initialement accordé; de même, le tribunal ne pour-

rait imposer au concessionnaire une telle prolongation<sup>164</sup>.

#### B. L'invitation à négocier la durée du préavis

63. Cette question n'a plus connu de développements nouveaux depuis notre dernier examen.

La cour d'appel de Bruxelles a toutefois eu à connaître d'un cas relativement proche dans une affaire où le concédant avait mis fin au contrat de concession exclusive à durée indéterminée qui liait les parties sans indiquer la durée du préavis qu'il estimait raisonnable, tout en déclarant être disposé à accepter la poursuite des relations pendant une brève période. La cour a jugé qu'une telle résiliation devait être analysée comme une résiliation sans préavis<sup>165</sup>, nonobstant les discussions qui avaient encore eu lieu entre parties par la suite. Cette décision est conforme à la jurisprudence selon laquelle le congé est effectif le jour où le concessionnaire a reçu notification de la volonté certaine de rompre dans le chef du concédant<sup>166</sup>.

La cour estima en outre que "*le fait que (le concessionnaire) n'a pas réagi à l'invitation de formuler une proposition quant à la prise d'effets de la dénonciation n'emporte pas renonciation au droit d'obtenir un préavis raisonnable et, à défaut, une indemnité compensatoire*"<sup>167</sup>. À cet égard, rappelons la règle selon laquelle la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut se déduire que de faits qui ne sont pas susceptibles d'une autre interprétation<sup>168</sup>.

## CHAPITRE VI. L'INTERVENTION DU JUGE DES RÉFÉRÉS

### Section 1. Sur le pouvoir du juge des référés de suspendre les effets de la résiliation

64. Nous avons déjà souligné que le caractère irrévocable et définitif de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée

indéterminée, et le droit pour chaque partie de mettre fin à un tel contrat moyennant préavis ou indemnité, empêchent<sup>169</sup>, normalement, que le juge des référés puisse ordonner la prolongation, même temporaire, d'un contrat ainsi résilié<sup>170</sup>.

<sup>161.</sup> Cass. 4 décembre 2003, *Pas.* 2003, I, p. 1951, *R.D.C.* 2005, p. 24.

<sup>162.</sup> Examen 1993, p. 55, n° 43; Examen 1998, p. 17, n° 44; Examen 2003, n° 48.

<sup>163.</sup> Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82; sur ce point, voy. Examen 1993, p. 55, n° 43; Examen 1998, p. 17, n° 44; Examen 2003, n° 39.

<sup>164.</sup> Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>165.</sup> Bruxelles 12 juin 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 32.

<sup>166.</sup> Examen 2003, n° 54.

<sup>167.</sup> Bruxelles 12 juin 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 32.

<sup>168.</sup> Examen 2003, n° 56.

<sup>169.</sup> Voy. notamment J.-P. FIERENS et P. KILESTE, "Chronique de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1977-1986)", *J.T.* 1987, p. 693, sur la question du référé en particulier n° 24; P. KILESTE, note sous Bruxelles 2 février 1988, *R.D.C.* 1990, p. 671; P. KILESTE, "Quelques réflexions complémentaires concernant le caractère irrévocable de la résiliation unilatérale d'une concession de vente exclusive à durée indéterminée et le pouvoir du juge des référés d'ordonner le maintien provisoire des relations contractuelles" (note sous Bruxelles 9 janvier 1990), *R.D.C.*, p. 688; P. KILESTE et P. HOLLANDER, Examen 1993, pp. 33 et s., en particulier sur la question du référé n° 47 et s.

<sup>170.</sup> Voy. Examen 1998, n° 51, et les références citées en notes 187 et 188 et Examen 2003, n° 57. Ce principe est également rappelé par K. BLOMME, "Cour d'appel d'Anvers 21 juin 2004 (arrêt interlocutoire) et 21 septembre 2004 (arrêt définitif)", *R.D.C.* 2005, p. 201.

65. Il découle des principes rappelés ci-avant que le juge des référés ne peut en principe suspendre les effets d'une résiliation intervenue<sup>171</sup>.

Dans une ordonnance du 14 juillet 2003<sup>172</sup>, le président du tribunal de commerce de Bruxelles, citant Delahaye<sup>173</sup>, a ainsi rappelé que "la rupture des relations prend date au moment où l'auteur de la rupture manifeste sa volonté et entraîne dès ce moment l'extinction immédiate de la relation", de telle sorte que le concédant est en principe en droit de refuser de nouvelles commandes qui lui seraient adressées par le concessionnaire postérieurement à la rupture des relations.

66. Au cours de la période examinée, ceci a été rappelé clairement par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 janvier 2007<sup>174</sup>, dans lequel la Cour expose que "lorsqu'une partie souhaite mettre fin unilatéralement à un contrat à durée indéterminée le juge ne peut, en imposant un délai de préavis complémentaire, s'immiscer dans l'exécution de la convention".

Rappelant cependant que "le juge des référés dispose toutefois de la possibilité de prendre des mesures limitées conservatoires des droits de nature notamment à permettre une réelle indemnisation ou encore à ne pas rendre purement théorique le maintien des droits contractuels de la partie adverse", la Cour refusa en l'espèce de censurer l'arrêt attaqué qui avait suspendu les effets d'une résiliation unilatérale notifiée par un concédant.

La cour d'appel avait motivé sa décision par le risque de préjudice grave qui résulterait pour le concessionnaire d'une résiliation immédiate ainsi que par des critiques diverses dont le préavis notifié pouvait faire l'objet.

Sur ce point, cet arrêt s'inscrivait donc dans la lignée de certaines décisions antérieures qui avaient modéré la rigueur des principes découlant du caractère irrévocable de la résiliation unilatérale d'un contrat conclu pour une durée indéterminée lorsqu'il était apparu que celle-ci reposait par exemple sur l'invocation erronée d'une condition résolutoire expresse<sup>175</sup>.

La Cour de cassation relève toutefois également que les juges d'appel avaient "aussi constaté que la demanderesse n'a pas rompu les relations mais a signifié un préavis d'une manière qui, selon elle, est conforme aux contrats entre les parties et que lorsque le juge du fond constate que ce préavis n'a pas eu le résultat souhaité, il ne peut être exclu qu'il neutralise les effets des préavis ce qui peut résulter de la constatation qu'il n'a pas été mis fin aux relations".

Cet arrêt ne nous paraît pas pouvoir être lu comme opérant un revirement de la jurisprudence en la matière. En visant "un préavis qui n'aurait pas pu avoir le résultat souhaité", la cour d'appel avait fait référence à des exigences propres au règlement n° 1400/2002<sup>176</sup>. La Cour de cassation a refusé de censurer la décision d'appel qui estimait que le juge du fond pourrait considérer qu'un préavis ne répondant pas au prescrit de ce règlement ne pourrait avoir pour effet de mettre fin à la relation, et qui en avait conclu qu'en de telles circonstances, le juge des référés pouvait, sans excéder les limites du provisoire, suspendre les effets de ce préavis. La portée de cette décision paraît donc manifestement limitée aux contrats de distribution automobile soumis au règlement n° 1400/2002<sup>177</sup>.

67. Le principe selon lequel le juge des référés ne peut pas suspendre les effets d'une résiliation connaît toutefois certains tempéraments lorsque la résiliation est entourée de circonstances exceptionnelles à propos desquelles nous avons déjà formulé des commentaires dans nos précédents examens. Nous nous permettons donc d'y renvoyer le lecteur. On en trouve une illustration au cours de la période examinée dans un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 21 septembre 2004 qui a suspendu pour une durée de 18 mois la résiliation d'un contrat<sup>178</sup>. Il s'agissait en l'espèce de la résiliation d'une relation de très longue durée unissant un diamantaire au groupe Debeers. La cour a considéré que la résiliation intervenue était contestable dans la mesure où elle était justifiée par un système de sélection des distributeurs mis en place par le groupe Debeers, système faisant l'objet d'une enquête auprès de la Commission européenne. La cour justifia également sa décision par le fait que la mesure était "également requise pour prévenir un préjudice irréparable

171. Sur cette question, voy. P. MAEYAERT, "Recente ontwikkelingen in de rechtspraak inzake handelstussenpersonen", in *Recht in beweging*, Anvers, Maklu, 2008, pp. 160 et s.

172. Comm. Bruxelles 14 juillet 2003, *R.D.C.* 2004, p. 310.

173. T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruylant, 1984, p. 221.

174. Cass. 12 janvier 2007, *DAOR* 2007, p. 455.

175. Voy. notamment P. KILESTE, "La concession de vente", *o.c.*, n° 85; P. KILESTE "L'intervention du juge des référés en matière de concession de vente exclusive", *DAOR* n° 42, p. 78; P. KILESTE, "Le choix entre le préavis et l'indemnité et les conséquences de ce choix", *R.D.C.* 1988, pp. 588 et s.; P. KILESTE, "Quelques réflexions complémentaires concernant le caractère irrévocable de la résiliation unilatérale d'une concession de vente exclusive à durée indéterminée et le pouvoir du juge des référés d'ordonner le maintien provisoire des relations contractuelles" (note sous Bruxelles 9 janvier 1990), *R.D.C.* 1990, p. 688; I. VEROUSTRATE, "Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchisage", in *Les intermédiaires commerciaux*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1990, pp. 143 et s.

176. P. KILESTE et C. STAUDI, "Le règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 de la Commission européenne en matière de distribution automobile", *J.T.* 2003, p. 149, n°s 58 et s.; P. KILESTE et C. STAUDI, "Distribution automobile: commentaire du règlement CE n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile", *Ann. Dr.*, Bruylant, n° 1/2007, n° 98.

177. Sur cette question, voy. *infra*, n° 166.

178. K. BLOMME, "Cour d'appel d'Anvers 21 juin 2004 (arrêt interlocutoire) et 21 septembre 2004 (arrêt définitif)", *R.D.C.* 2005, p. 201.

*dans le chef du diamantaire dans la mesure où, celui-ci se trouvant dans une grande dépendance par rapport au groupe Debeers, il risque de disparaître en cas d'interruption abrupte de la collaboration*".

## Section 2. Sur les autres mesures pouvant être prises par le juge des référés

68. Rien n'empêche par contre le juge des référés d'intervenir en la matière tout comme il le ferait en présence de

n'importe quelle situation contractuelle appelant des mesures urgentes. Nous avons cité comme exemple l'injonction qui pourrait être faite au concédant d'encore honorer certaines commandes du concessionnaire<sup>179</sup>.

Dans son ordonnance précitée du 14 juillet 2003<sup>180</sup>, le président du tribunal de commerce de Bruxelles refusa cependant de faire droit à la demande du concessionnaire qui tendait à obtenir la livraison de nouvelles commandes aux conditions en vigueur avant la résiliation dès lors que le concédant n'avait pas refusé de lui livrer ces commandes mais avait simplement exigé un paiement préalable.

## CHAPITRE VII. PRÉAVIS ET INDEMNITÉ COMPENSATOIRE DE PRÉAVIS

### Section 1. La détermination de la durée du préavis

#### A. Définition du préavis raisonnable

69. Nous avons fait état dans notre précédent examen d'une évolution importante de la jurisprudence sur cette question<sup>181</sup>. Rappelons en effet que, depuis l'entrée en vigueur de la loi, le préavis "raisonnable"<sup>182</sup> était traditionnellement défini comme étant celui qui est théoriquement nécessaire au concessionnaire évincé pour lui permettre de retrouver une concession équivalente, définition qui a été progressivement remise en cause.

Nous avons ainsi commenté différents arrêts de la cour d'appel de Bruxelles qui avaient jugé respectivement que:

- était raisonnable le préavis qui avait offert au concessionnaire la possibilité de respecter ses obligations existantes à l'égard de tiers et de prendre les mesures nécessaires pour mettre progressivement un terme à ses activités<sup>183</sup>;
- "conformément aux exigences d'équité et de raison, le juge, en déterminant la durée de résiliation qui doit être prise en compte, doit prendre en compte les intérêts de toutes les parties, afin d'obtenir une solution équitable, qui correspond à ce que les parties pouvaient raisonnablement attendre dans de pareilles circonstances et à ce que les convenances dans les rela-

*tions sociales demandent d'une personne normale, prudente et raisonnable, qui se trouve dans les mêmes circonstances concrètes*" (traduction)<sup>184</sup>;

- "il n'est pas exact de soutenir que le préavis raisonnable n'est que celui dont la durée permet de trouver une concession équivalente; ... ce préavis doit permettre au concessionnaire de se procurer une source de revenus équivalente à celle qu'il a perdue, le cas échéant moyennant reconversion totale ou partielle de ses activités"<sup>185</sup>.

Il était donc intéressant de voir si ce courant de jurisprudence allait ou non se confirmer et quel serait son impact réel sur la détermination des délais de préavis "raisonnable".

70. Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 28 janvier 2003<sup>186</sup> s'inscrivait encore dans la lignée de la jurisprudence traditionnelle en prenant en considération le fait que, dans le secteur d'activités concerné, il semblait difficile pour le concessionnaire de retrouver une concession concernant des produits de qualité équivalente offrant des possibilités similaires d'écoulement.

Dans plusieurs décisions rendues postérieurement, la cour d'appel de Bruxelles a toutefois confirmé l'évolution précédemment observée en jugeant que "le préavis doit permettre au concessionnaire de se procurer une source de revenus équivalente à celle qu'il a perdue"<sup>187</sup>, "le cas échéant moyennant la reconversion partielle ou totale de ses activités"<sup>188</sup>,

<sup>179</sup>. Examen 1998, n° 51.

<sup>180</sup>. Comm. Bruxelles 14 juillet 2003, *R.D.C.* 2004, p. 310.

<sup>181</sup>. Examen 2003, nos 62 et s.

<sup>182</sup>. Sur cette notion et son évolution, Y. VAN COUTER, "Schadebegroting bij de toepassing van artikel 2 van de wet van 27 juli 1961: 'juger selon la raison plutôt que selon les inclinaisons du cœur'", *R.D.C.* 2005, p. 26.

<sup>183</sup>. Bruxelles (5<sup>ème</sup> ch.) 1<sup>er</sup> avril 1998, *inédit*, R.G. 1846/1995.

<sup>184</sup>. Bruxelles (8<sup>ème</sup> ch.) 24 octobre 2000, *inédit*, R.G. 443/93.

<sup>185</sup>. Bruxelles (9<sup>ème</sup> ch.) 14 avril 2000, *inédit*, R.G. 703/96; Bruxelles (9<sup>ème</sup> ch.) 29 juin 2001, *inédit*, 1998/AR/3391; Bruxelles (9<sup>ème</sup> ch.) 22 novembre 2001, *J.T.* 2002, p. 242. Pour une critique de cette analyse, voy. M. CALUWAERTS, "La détermination des indemnités en cas de rupture unilatérale d'une concession de vente", *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 2003, pp. 445 et s., n° 18.

<sup>186</sup>. Bruxelles 28 janvier 2003, *R.D.C.* 2004, p. 559.

<sup>187</sup>. Bruxelles 7 mai 2003, *R.D.C.* 2004, p. 582.

<sup>188</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734; en ce sens, voy. également Bruxelles 6 mai 2004, *R.D.C.* 2005, p. 72 et note A. DE SCHOUTHEETE, *R.D.C.* 2005, p. 78.

sans qu'il ne soit nécessairement requis qu'il s'agisse d'une concession concernant le même produit ou un produit équivalent<sup>189</sup>.

**71.** Par un arrêt du 10 février 2005<sup>190</sup>, la Cour de cassation eut à se prononcer une première fois sur cette question.

Dans l'arrêt déféré à la censure de la Cour de cassation, la cour d'appel de Bruxelles avait jugé que l'objectif du législateur "*fut d'assurer au concessionnaire la disposition du temps nécessaire à la réorientation de ses activités afin que la résiliation de la concession n'entraîne pas sa ruine*" et que "*dès lors, afin de satisfaire au but de la loi, le préavis raisonnable doit permettre au concessionnaire d'exécuter les obligations qu'il a contractées envers les tiers et de se procurer une source de revenus nets équivalente à celle qu'il a perdue, le cas échéant moyennant reconversion totale ou partielle de ses activités; le préavis doit, au minimum, laisser au concessionnaire le temps de supprimer certains frais fixes ou de retrouver une source de revenus couvrant les frais incompressibles*" et que "*le concessionnaire ne peut prétendre à un délai de préavis lui permettant dans tous les cas de retrouver une concession produisant des effets équivalents à la concession perdue et ce, quel que soit l'aléa de cette recherche*".

Sur ce point, la Cour de cassation a jugé que l'arrêt attaqué faisait une "*exacte application*" des termes de l'article 2 de la loi.

Aux termes de cet arrêt, il semblait donc pouvoir être retenu que la durée du préavis "*raisonnable*" était celle qui permet au concessionnaire de (1) pouvoir exécuter ses obligations envers les tiers, (2) se procurer une source de revenus nets équivalente à celle qu'il a perdue, le cas échéant moyennant reconversion de ses activités, (3) sans qu'il ne puisse prétendre dans tous les cas retrouver une concession équivalente à celle qu'il a perdue.

**72.** À une exception près, les décisions de fond publiées au cours de la période examinée émanent de la cour d'appel de Bruxelles, qui avait été à l'origine de cette évolution de la jurisprudence. Il n'est donc pas étonnant que les décisions rendues par cette cour après l'arrêt de cassation du 10 février 2005 reflètent et confirment celle-ci, reprenant parfois littéralement la formulation adoptée par la Cour de cassation<sup>191</sup>.

Des décisions rendues par d'autres juridictions ont cependant continué à se référer à la notion de durée nécessaire pour retrouver une concession équivalente, précisant que l'appréciation de cette durée doit se faire sur base de la durée "*théoriquement*" nécessaire au concessionnaire pour retrouver une telle concession, plutôt que sur la durée qui fut effectivement nécessaire au concessionnaire pour ce faire<sup>192</sup>.

**73.** La Cour de cassation a toutefois été appelée à se prononcer une nouvelle fois sur la question, par un arrêt du 20 juin 2008<sup>193</sup>, dans lequel la Cour a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Liège du 9 novembre 2006<sup>194</sup>.

La cour d'appel avait énoncé que la durée du préavis raisonnable était "*celle qui permet la recherche, non d'une concession identique, mais d'une situation équivalente, c'est-à-dire constitutive d'une source de revenus nets équivalente à celle que [le concessionnaire] a perdue [...], à l'exclusion de toute situation économique irréaliste, [...] la recherche d'une solution irréaliste [pouvant] selon le cas, être celle d'une nouvelle concession ou au contraire, celle d'une reconversion totale ou partielle, tout, dans cette appréciation, [étant] affaire de contingences*".

La Cour de cassation, après avoir constaté que l'arrêt de la cour d'appel avait déduit de la réduction du chiffre d'affaires du concessionnaire et du nombre de membres de son personnel que celui-ci n'avait pas retrouvé rapidement de situation équivalente à celle qu'il avait perdue, a estimé que cet arrêt "*justifie ainsi légalement sa décision sans devoir constater en outre que le préavis accordé par [le concédant] ne permettait pas [au concessionnaire] d'exécuter les obligations qu'[il] avait contractées envers les tiers et de réorganiser son activité*".

La Cour de cassation nous paraît avoir ainsi voulu mettre un frein à la tendance de plusieurs juridictions de fond d'interpréter de manière par trop extensive sa décision de 2005, en ne retenant que le critère du délai nécessaire pour que le concessionnaire "*retrouve une situation équivalente*" définie comme étant "*une source de revenus nets équivalente à celle qui a été perdue*" sans qu'il soit nécessaire d'établir que ce délai permet effectivement au concessionnaire de réorganiser ses activités ou de faire face aux obligations contractées envers les tiers.

<sup>189.</sup> Bruxelles 1<sup>er</sup> avril 2003, *R.D.C.* 2004, p. 569; Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

<sup>190.</sup> Cass. 10 février 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1440; *R.D.C.* 2005, p. 922 et note T. FAELLI, "La notion de préavis raisonnable dans la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée", *R.D.C.* 2005, p. 924; sur cette évolution de la jurisprudence, voy. également A. DESTRYCKER et M. WILLEMART, "Un pont trop loin? Quand et comment évaluer, selon les derniers arrêts de la Cour de cassation, les indemnités prévues par les articles 2 et 3 de la loi du 27 juillet 1961?", *J.L.M.B.* 2006, p. 957.

<sup>191.</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985; Bruxelles 12 juin 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 32; Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129; voy. aussi 4 septembre 2007, *inédit*, R.G. 2004/AR/1650.

<sup>192.</sup> Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416; Comm. Gand 23 juin 2003, *T.G.R.* 2003, p. 272 et note Ph. PELS.

<sup>193.</sup> Cass. 20 juin 2008, *R.D.C.* 2009, p. 259, avec note P. HOLLANDER.

<sup>194.</sup> Liège 9 novembre 2006, *R.D.C.* 2007, p. 614 (résumé Th. DELVAUX).

## B. Validité d'un préavis minimum

74. Cette question n'a plus été abordée au cours de la période examinée et peut donc être appréciée au regard de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 octobre 2000<sup>195</sup> qui avait reconnu la validité de la détermination conventionnelle de tels délais de préavis minimums.

## C. Critères d'appréciation

75. Comme cela avait déjà été le cas au cours de la période précédente, on peut toutefois constater que, une fois passé le stade de la définition théorique du délai de préavis, la jurisprudence continue à prendre globalement en considération les critères habituellement retenus antérieurement par la doctrine et par la jurisprudence pour fixer la durée du préavis raisonnable.

Ainsi, après avoir rappelé les termes de l'arrêt du 10 février 2005 de la Cour de cassation, la cour d'appel de Bruxelles<sup>196</sup> énonce que: *“Les critères pris en compte pour apprécier la durée de préavis raisonnable dans l'hypothèse d'une rupture de contrat à durée indéterminée sont essentiellement les suivants:*

- *l'étendue du territoire concédé;*
- *la part que représente la concession dans les activités du concessionnaire;*
- *la notoriété et la nature des produits concédés, de même que l'existence de produits concurrents;*
- *l'importance et l'évolution du chiffre d'affaires relatif aux produits concédés;*
- *les investissements réellement réalisés par le concessionnaire pour l'exploitation de la concession.”*

On remarquera cependant que, dans cette liste, ne figure pas le critère de la durée de la relation, qui était pourtant traditionnellement celui qui était le plus mis en avant par la doctrine et la jurisprudence unanimes. À nouveau, il s'agit d'une évolution qui semble spécifique à la cour d'appel de Bruxelles.

Dans un premier temps, celle-ci a jugé conformément à la jurisprudence traditionnelle que *“même si au moment de la résiliation, les investissements exposés par (le concessionnaire) étaient amortis, la durée de la concession est un facteur important pour l'appréciation de la durée du préavis, parce que la reconversion est plus difficile après une très longue période de stabilité tandis que le concessionnaire peut s'attendre à bénéficier d'un long préavis en raison du caractère de plus en plus inattendu de la rupture. En effet,*

*l'ancienneté de la collaboration renforce au fil du temps la croyance légitime que celle-ci est stable et conforme aux intérêts des parties et donc destinée à se poursuivre”*<sup>197</sup>.

Par des arrêts ultérieurs, la cour d'appel de Bruxelles a toutefois jugé que:

- *“Le temps dont le concessionnaire doit pouvoir disposer en équité pour éviter les désagréments et les risques liés à l'absence de préavis ou à l'octroi d'un préavis trop court n'est pas fonction de l'ancienneté de la concession perdue. Lorsqu'une concession est ancienne, il y a lieu au contraire de présumer – sauf circonstances particulières – que le concédant a pu tirer des capitaux investis et des efforts consentis une rémunération”*<sup>198</sup>.
- *“Dès lors que le préavis doit correspondre à la durée nécessaire pour le concessionnaire d'opérer une reconversion de ses activités, l'ancienneté de la concession est sans importance pour fixer la durée du préavis. En effet, ce n'est pas parce qu'un concessionnaire distribue des produits depuis fort longtemps qu'il mettra proportionnellement plus de temps pour se procurer une source de revenus équivalente ou pour supprimer certains frais fixes ou incompressibles”*<sup>199</sup>.

Ce rejet de l'ancienneté des relations en tant que critère principal de détermination de la durée du préavis raisonnable nous paraît extrêmement critiquable.

D'une part, dans la mesure où cette jurisprudence justifie ce rejet en se fondant sur sa définition du préavis comme étant la durée nécessaire pour que le concédant puisse se reconvertir, l'objection ne paraît pas pouvoir être maintenue à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2008 qui a décidé que la reconversion des activités du concessionnaire n'était pas un critère obligatoire pour la détermination du préavis raisonnable<sup>200</sup>.

D'autre part, et surtout, nous n'apercevons pas la raison pour laquelle l'ancienneté des relations entre les parties ne pourrait pas être un critère de détermination de la durée du préavis en matière de concessions de vente, alors qu'il s'agit du critère principal, voire unique, qui est retenu dans les autres législations particulières régissant le droit de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée. Il en est ainsi pour le contrat de travail (voir art. 37, 59 et 82 de la loi du 3 juillet 1978) ou pour le contrat d'agence commerciale (voir art. 18, al. 2 de la loi du 13 avril 1995). De manière révélatrice, il en est également ainsi en droit français, à l'égard de n'importe quel contrat commercial à durée indéterminée, l'article L. 442-6.5° du Code de commerce français disposant expressément que le préavis à respecter en cas de résiliation unilatérale

<sup>195</sup>. Cass. 27 octobre 2000, *Pas.* 2000, I, p. 1640, *R.D.C.* 2001, p. 457, note K. DAELE.

<sup>196</sup>. Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>197</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>198</sup>. Bruxelles 12 juin 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 32.

<sup>199</sup>. Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129; Bruxelles 12 février 2008, *DAOR* 2008, p. 138.

<sup>200</sup>. *Voy. supra*, n° 73.

rale d'une relation commerciale établie doit "[tenir] compte de la durée de la relation commerciale"<sup>201</sup>.

**76.** En ce qui concerne la détermination de la durée des relations en cas de changement dans le chef de l'une des parties, par exemple par suite de fusion, de cession ou d'apport par une personne physique de son activité à une société, les tribunaux appliquent habituellement le critère de la continuation de la même entité économique<sup>202</sup>, que nous avons mis en avant dans nos précédents examens<sup>203</sup>.

Dans une décision que nous avons critiquée ci-dessus<sup>204</sup>, le tribunal de commerce de Gand a cependant refusé de tenir compte d'une période de plus de 20 ans pendant laquelle un distributeur avait distribué les véhicules de la marque dans le territoire en tant que sous-concessionnaire, ne retenant que la période où il avait exercé son activité comme concessionnaire<sup>205</sup>.

**77.** En ce qui concerne le critère de l'étendue du territoire concédé, également très fréquemment cité, le tribunal de commerce de Bruxelles a jugé que "*il est plus facile de retrouver la concession d'un produit et d'en organiser la distribution sur un territoire réduit jusqu'à se retrouver dans une situation équivalente plutôt que de le faire pour l'ensemble du pays, et ce d'autant plus que les concessions à l'échelle nationale changent moins souvent de mains*"<sup>206</sup>.

Il s'agissait en l'espèce d'une distribution automobile, secteur d'activité dans lequel les territoires concédés étaient, du moins jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002, le plus souvent limités. Le raisonnement adopté par le tribunal ne paraît pas tenir compte de cette spécificité.

**78.** En ce qui concerne la **part que représente la distribution des produits concédés** dans le chiffre d'affaires global du concessionnaire, la cour d'appel de Bruxelles a jugé que la circonstance que la vente des produits concédés constituait la seule activité du concessionnaire résulte ou non d'un choix délibéré de celui-ci n'était pas relevante<sup>207</sup> et que ce

critère devait donc bien être pris en compte pour l'appréciation de la durée du préavis raisonnable.

**79.** En ce qui concerne le **résultat de la concession**, la jurisprudence "*récompense*" généralement les bons résultats du concessionnaire.

Il a cependant été confirmé que ce n'est pas parce qu'une concession est déficitaire qu'elle ne donnera pas nécessairement droit à une indemnité de préavis.

Dans une espèce où le caractère déficitaire de la concession était invoqué, la cour d'appel de Liège a ainsi jugé qu'un préavis aurait en toute hypothèse permis au concessionnaire de faire face à une partie de ses frais fixes, et lui a alloué une indemnité compensatoire de préavis<sup>208</sup>.

La cour d'appel de Bruxelles a jugé que la stagnation du chiffre d'affaires réalisé par le concessionnaire ne pouvait lui être reprochée dans la mesure où le concédant fixait lui-même le quota des produits (en l'espèce des montres de luxe) qu'il acceptait de fournir à son concessionnaire<sup>209</sup>.

Pour une concession automobile, la même cour a jugé qu'il était plus adéquat de prendre en compte le nombre de véhicules vendus que le chiffre d'affaires<sup>210</sup>.

**80.** En ce qui concerne le critère des **investissements** réalisés pour les besoins de la concession, la cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 27 février 2003<sup>211</sup>, a estimé que le fait que les investissements réalisés pour la concession étaient amortis et qu'il n'était pas démontré que de récents investissements auraient été réalisés ne justifiait pas l'octroi d'un délai de préavis plus long que celui de 30 mois accordé par le premier juge.

Le tribunal de commerce de Bruxelles a, quant à lui, jugé que le fait que ces investissements ont, à tout le moins partiellement, été amortis, n'empêche pas leur prise en compte pour l'évaluation à la durée nécessaire à la reconversion du concessionnaire<sup>212</sup>.

<sup>201.</sup> Art. L.442-6 du Code de commerce français: "*Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: (...) 5° de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. (...) À défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. (...)*" (souligné par nous).

<sup>202.</sup> Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

<sup>203.</sup> Examen 1993, n° 59; Examen 1998, n° 60; Examen 2003, n° 69.

<sup>204.</sup> Voy. *supra*, n° 37.

<sup>205.</sup> Comm. Gand 23 juin 2003, *T.G.R.* 2003, p. 272 et note Ph. PELS.

<sup>206.</sup> Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82 citant M. et S. WILLEMART, "Les concessions de vente", in *Traité pratique de droit commercial*, T. 2, p. 781, confirmé par Bruxelles 21 mars 2003, *inédit*, R.G. 2002/886.

<sup>207.</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>208.</sup> Liège 30 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 966.

<sup>209.</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>210.</sup> Bruxelles 4 septembre 2007, R.G. 2004/AR/1650, *inédit*.

<sup>211.</sup> Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>212.</sup> Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82.

81. Au cours de la période examinée, le critère de la **notoriété de la marque** n'a pas suscité de développements particuliers.

82. Ce critère est en réalité à mettre en rapport avec celui de l'existence de **produits concurrents ou alternatifs**<sup>213</sup>.

En règle générale, ce critère est retenu par les juridictions comme devant influencer la durée du préavis. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles:

- a pris en considération le fait que, dans le secteur d'activités concerné, il semblait difficile pour le concessionnaire de retrouver une concession concernant des produits de qualité équivalente offrant des possibilités similaires d'écoulement<sup>214</sup>;
- a estimé que le fait que le produit concédé était aisément substituable ne justifiait pas l'octroi d'un délai de préavis plus long que celui de 30 mois accordé par le premier juge<sup>215</sup>;
- a tenu compte du fait que le concessionnaire distribuait des produits concurrents à ceux de son concédant et que les commandes auprès de son concédant avaient diminué les dernières années alors que sa marge brute avait augmenté pour en conclure que le concessionnaire pouvait aisément trouver d'autres sources d'approvisionnement lui permettant d'assurer la reconversion de ses activités, la cour relevant également que, au cours du préavis, le concessionnaire avait demandé à être déchargé de son obligation de commandes minimales, ce qui démontrait que le concessionnaire ne devait pas en avoir beaucoup d'utilité<sup>216</sup>;
- a jugé que rien ne démontrait en l'espèce que les clients qui achetaient par le passé le cognac faisant l'objet de la concession rompue allaient acheter une autre marque également distribuée par l'ancien concessionnaire<sup>217</sup>.

Dans la logique de l'évolution de sa jurisprudence concernant la notion de préavis raisonnable, la cour d'appel de Bruxelles a ultérieurement jugé que *"l'étroitesse d'un marché ne constitue pas, en soi, un critère justifiant un préavis élevé, à défaut de quoi aucun concédant relevant de ce type de marché n'accepterait d'accorder une concession, de peur de devoir signifier un préavis important"*<sup>218</sup> ou que *"rien ne permet de considérer que le délai raisonnable serait fonction des possibilités pour le concessionnaire de rester actif sur le même marché que celui des produits concédés"*<sup>219</sup>.

Dans le même sens, la cour d'appel d'Anvers a jugé que l'évaluation de la difficulté à retrouver une concession équivalente ne doit pas s'apprécier exclusivement au regard du secteur de marché étroit auquel ressortissait la concession. La cour a considéré que l'étroitesse du marché était une donnée dont le concessionnaire avait nécessairement conscience au moment de conclure la convention et dont il avait alors mesuré les implications<sup>220</sup>.

Ces deux décisions nous paraissent particulièrement sévères, principalement au regard de l'équité qui doit présider à l'appréciation de la durée du préavis raisonnable. Certes, comme le relève la cour d'appel d'Anvers, le distributeur qui devient concessionnaire exclusif d'un fabricant occupant une part importante du marché dans un marché limité est conscient de la dépendance économique qui s'instaure. Il peut cependant être légitimement considéré que, en Belgique à tout le moins, cette dépendance fera l'objet d'une protection spécifique par la loi du 27 juillet 1961 et il est dès lors pour le moins paradoxal de la lui refuser ou d'en atténuer la portée sous le prétexte qu'il était conscient de cette dépendance. En outre, au nom de l'équité, et contrairement à ce qu'affirme la cour d'appel de Bruxelles, il nous paraît normal de considérer que le fabricant, qui occupe une part prépondérante du marché, doit accorder à son concessionnaire exclusif un préavis plus long que ne devrait le faire un fabricant qui occupe une faible part du marché dès l'instant où, pour ce concessionnaire, le temps nécessaire pour *"retrouver une source de revenus équivalents"* risque d'être plus long.

83. À côté de ces critères usuels, certaines décisions ont égard à d'autres éléments.

Dans un arrêt du 9 novembre 2006, la cour d'appel de Liège a souligné le caractère *"indirect"* de la concession, c'est-à-dire le fait que le concessionnaire ne vendait pas directement à des consommateurs privés, mais à des distributeurs professionnels et a estimé à cet égard que *"la recherche d'une nouvelle concession supposait que le concessionnaire persuade d'abord ses clients habituels d'adopter une nouvelle marque haut de gamme et ensuite, que ces distributeurs en convainquent leurs clients. Il en résulte un allongement du délai permettant d'en recueillir les fruits qui doit être pris en considération"*<sup>221</sup>.

Le tribunal de commerce de Bruxelles, s'inspirant notamment de l'enseignement de M. du Jardin<sup>222</sup>, a jugé que *"le choix même des termes 'préavis raisonnable' et 'en équité"*

<sup>213</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129; voy. également Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>214</sup> Bruxelles 28 janvier 2003, *R.D.C.* 2004, p. 559.

<sup>215</sup> Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>216</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985.

<sup>217</sup> Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

<sup>218</sup> Bruxelles 12 février 2008, *DAOR* 2008, p. 138.

<sup>219</sup> Bruxelles 12 juin 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 32.

<sup>220</sup> Anvers 19 septembre 2002, *R.D.C.* 2003, p. 535.

<sup>221</sup> Liège 9 novembre 2006, *R.D.C.* 2007, p. 614 (résumé Th. DELVAUX).

<sup>222</sup> L. DU JARDIN, *Le droit belge de la distribution commerciale*, Larcier, 1992, p. 128, n° 167.

démontre bien que la volonté du législateur n'a pas été de prendre exclusivement les intérêts de celui qui subit la résiliation de la concession, mais également de prendre en compte les intérêts, du moins ceux qui sont légitimes, de celui qui provoque la résiliation"<sup>223</sup>.

De même, il a été jugé par la cour d'appel de Bruxelles que: "L'équité qui doit présider à la détermination du préavis raisonnable impose aussi une obligation d'opérer une balance des intérêts et donc la prise en compte des intérêts légitimes du concédant qui dénonce le contrat." En l'espèce, la cour considéra que, en raison des très faibles résultats obtenus par le concessionnaire, le concédant "ne pouvait donc se voir privé, au-delà que ce qui était strictement nécessaire pour éviter [au concessionnaire] les inconvénients d'une rupture intempestive de la relation, de la possibilité de modifier ses choix et sa stratégie quant à la commercialisation de ses produits sur le territoire concédé."<sup>224</sup>.

À l'inverse, dans un arrêt du 9 novembre 2006, la cour d'appel de Liège a jugé que "quant à savoir si la durée du préavis rend – ou non – la résiliation trop onéreuse pour le concédant, il s'agit là d'une question relevant de la politique commerciale du concédant et qui ne constitue pas un critère d'appréciation pertinent pour la fixation dudit délai"<sup>225</sup>.

**84.** Nous avons déjà défendu le point de vue selon lequel il n'y a pas lieu de vérifier les efforts faits ou non par le concessionnaire pour rechercher une concession équivalente dans la mesure où la détermination de la durée du préavis raisonnable n'implique nullement la constatation de l'existence d'un dommage. En ce sens, la cour d'appel de Bruxelles a relevé que "la loi n'impose pas au concessionnaire comme condition pour obtenir un préavis raisonnable de rechercher une concession équivalente"<sup>226</sup>.

**85.** Nous avons relevé dans nos examens précédents<sup>227</sup> que les tribunaux sanctionnaient parfois le comportement du concessionnaire qui aurait "spéculé" sur l'obtention d'indemnités. Au cours de la période examinée, la cour d'appel de Bruxelles a jugé que ne pouvait être considéré comme "spéculant" sur l'octroi des indemnités prévues par la loi le concessionnaire qui avait refusé une nouvelle offre de collaboration à des conditions différentes qui entraînaient une modification substantielle de son statut<sup>228</sup>.

<sup>223</sup>. Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82.

<sup>224</sup>. Bruxelles 12 juin 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 32.

<sup>225</sup>. Liège 9 novembre 2006, *R.D.C.* 2007, p. 614 (résumé Th. DELVAUX).

<sup>226</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>227</sup>. Examen 2003, n° 79.

<sup>228</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>229</sup>. Bruxelles 28 janvier 2003, *R.D.C.* 2004, p. 559.

<sup>230</sup>. Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985.

<sup>231</sup>. Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416.

<sup>232</sup>. Bruxelles 12 juin 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 32.

<sup>233</sup>. Bruxelles 12 février 2008, *DAOR* 2008, p. 138.

<sup>234</sup>. Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

<sup>235</sup>. Anvers 19 septembre 2002, *R.D.C.* 2003, p. 535.

## D. Recensement

**86.** Au cours de la période examinée, nous avons relevé les délais de préavis suivants:

- **6 mois** pour une concession portant sur des produits très spécifiques (lits médicalisés), étendue au territoire belge et ayant duré 27 mois<sup>229</sup>;
- **6 mois** pour une concession concernant des parquets, étendue au territoire belge, ayant duré 17 ans, la cour relevant que le concessionnaire avait déjà trouvé avant la fin du contrat d'autres sources d'approvisionnement lui permettant d'assurer la reconversion de ses activités<sup>230</sup>;
- **10 mois** pour une concession concernant des vêtements de sports d'hiver ayant duré 12 ans, étendue au territoire du Benelux, compte tenu de ce que le chiffre d'affaires relatif aux produits de la concession avait diminué au cours des 3 dernières années et ne constituait qu'une petite partie du chiffre d'affaires du distributeur, et de ce que le concessionnaire distribuait d'autres produits concurrents et n'avait qu'un seul membre de personnel affecté à la concession<sup>231</sup>;
- **12 mois** pour une concession ayant duré près de 17 ans, étendue au territoire belge, représentant entre 6 et 10% du chiffre d'affaires du concessionnaire, et caractérisée par une absence de croissance ainsi que par une demande très inconstante<sup>232</sup>;
- **12 mois** pour une concession ayant duré 45 ans (la cour refusant cependant de tenir compte de la durée) sur le territoire de la Belgique, représentant seulement 1,16% des activités du concessionnaire, concernant des produits qui jouissaient d'une renommée mondiale, et pour laquelle la vente des produits concédés avait connu une régression les dernières années<sup>233</sup>;
- **14 mois** pour une concession concernant une marque connue de cognac ayant duré près de 29 ans, s'étendant au territoire de la Belgique mais ne représentant que 2% du chiffre d'affaires du concessionnaire, qui distribuait également un produit concurrent<sup>234</sup>;
- **18 mois** pour une concession portant sur des véhicules frigorifiques ayant duré 7 ans, qui représentait plus de la moitié du chiffre d'affaires du concessionnaire et qui était rentable<sup>235</sup>;
- **20 mois** pour une concession automobile, la cour se

fondant essentiellement sur la part dans les activités du concessionnaire qui variait entre 40% et 49%, le nombre de véhicules vendus qui était en régression, l'absence d'investissements spécifiques à la marque et la circonstance que les produits étaient substituables<sup>236</sup>;

- **22 mois** pour une concession de 14 ans et 6 mois, relative à des montres de grande renommée, représentant la totalité du chiffre d'affaires du concessionnaire, s'étendant en Belgique et au Grand-duché du Luxembourg et dont le chiffre d'affaires avait fortement augmenté<sup>237</sup>;
- **23 mois** pour une concession automobile ayant duré 10 ans<sup>238</sup>, sans que la cour ne précise les critères sur lesquels elle s'est fondée;
- **24 mois** pour une concession automobile ayant duré 19 ans<sup>239</sup>, sans que la cour ne précise à nouveau les critères sur lesquels elle s'est fondée;
- **24 mois** pour une concession automobile ayant duré 20 ans<sup>240</sup>, sans que la cour ne précise à nouveau les critères sur lesquels elle s'est fondée;
- **30 mois** pour une concession concernant des produits très spécifiques (électropompes vide-fût) ayant duré 45 ans et s'étendant au territoire de la Belgique. La cour a en outre tenu compte du chiffre d'affaires de la concession et des résultats d'exploitation bénéficiaires<sup>241</sup>;
- **30 mois**, la lecture de l'arrêt ne permettant pas de relever les critères retenus pour déterminer cette durée<sup>242</sup>;
- **36 mois** pour une concession ayant duré 44 ans, portant sur des cuisines équipées, compte tenu de la renommée de la marque, du fait que la concession s'étendait à l'ensemble du territoire belge et qu'elle représentait 66% du chiffre d'affaires du concessionnaire, ainsi que du caractère "*indirect*" de la concession, à savoir le fait que le concessionnaire ne vendait pas directement à des consommateurs privés mais à des vendeurs professionnels<sup>243</sup>;
- **36 mois** pour une concession ayant duré 44 ans et 3 mois, concernant le territoire de la Belgique. La cour releva encore que la concession était l'activité princi-

pale du concessionnaire (100% de son activité selon lui) pendant toute la durée de la relation et que cette activité concernait des produits très spécifiques dans un secteur très spécifique (pédicure, bandagistes, magasins de matériel orthopédique, etc.). Elle tint encore compte du chiffre d'affaires du concessionnaire et des investissements et frais de publicité supportés par ce dernier<sup>244</sup>;

- **39 mois** pour une concession automobile à la rentabilité limitée ayant duré 18 ans et dont les investissements importants effectués seraient en grande partie amortis à la fin du préavis<sup>245</sup>.

**87.** Relevons à ce sujet que, en matière de distribution automobile, un délai de préavis de 24 mois est souvent accordé, ce qui correspond au délai de résiliation ordinaire imposé par le règlement européen n° 1400/2002<sup>246</sup>.

### *E. Résiliation par le concessionnaire*

**88.** Dans un arrêt du 15 juin 2004<sup>247</sup>, la cour d'appel de Liège, après avoir jugé que le concédant avait valablement mis fin au contrat en vertu d'un pacte commissaire exprès lié à l'état d'insolvabilité ou de cessation des paiements du concessionnaire, a considéré que, dans ces circonstances, la demande du concédant d'obtenir réparation du préjudice subi en raison de la perte du préavis dont il aurait dû bénéficier était "*indécente*" et a même condamné celui-ci au paiement d'une indemnité pour demande téméraire et vexatoire. La cour justifia cette décision par la circonstance que la résiliation intervenue s'inscrivait dans le cadre d'une politique de restructuration globale de son réseau. Lorsque l'on constate que l'un des reproches faits au concessionnaire évincé était d'avoir détourné des fonds au détriment d'un autre concessionnaire qui ne put jamais en obtenir réparation en raison de la faillite du concessionnaire indélicat, cette appréciation de la cour paraît bien indulgente et sa condamnation du concédant au paiement d'une indemnité pour demande téméraire et vexatoire particulièrement sévère.

<sup>236</sup>. Bruxelles 4 septembre 2007, R.G. 2004/AR/1650, *inédit*. Cet arrêt réforme la décision rendue en première instance qui avait accordé au concessionnaire un préavis de 30 mois sur la base des éléments suivants: concession automobile ayant duré 20 ans, sur un territoire limité à 3 communes mais que le tribunal considéra comme non négligeable compte tenu de sa localisation en milieu rural et non en milieu urbain et de l'absence d'autres concessions dans les communes adjacentes. Le tribunal retient en outre la part dans les activités du concessionnaire qui variait entre 40% et 49%, le fait que le nombre de véhicules achetés ainsi que le chiffre d'affaires du concessionnaire étaient variables, les investissements importants du concessionnaire et le fait que la marque dans son ensemble avait connu des difficultés en Belgique à cette période (Comm. Bruxelles 13 mars 2003, R.D.C. 2005, p. 82).

<sup>237</sup>. Bruxelles 18 octobre 2007, DAOR 2008, p. 129.

<sup>238</sup>. Bruxelles 1<sup>er</sup> avril 2003, R.D.C. 2004, p. 569.

<sup>239</sup>. Bruxelles 7 mai 2003, R.D.C. 2004, p. 582.

<sup>240</sup>. Bruxelles 6 mai 2004, R.D.C. 2005, p. 72 et note A. DE SCHOUTHEETE, R.D.C. 2005, p. 78.

<sup>241</sup>. Bruxelles 27 février 2003, R.D.C. 2005, p. 929, J.T. 2003, p. 734.

<sup>242</sup>. Liège 30 novembre 2004, R.D.C. 2005, p. 966.

<sup>243</sup>. Liège 9 novembre 2006, R.D.C. 2007, p. 614.

<sup>244</sup>. Anvers 28 juin 2004, R.D.C. 2007, p. 169, RABG 2004, p. 1308.

<sup>245</sup>. Comm. Gand 23 juin 2003, T.G.R. 2003, p. 272 et note Ph. PELS.

<sup>246</sup>. Voy. *infra*, n° 164.

<sup>247</sup>. Liège 15 juin 2004, R.D.C. 2005, p. 945.

## Section 2. Le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis

### A. Influence de facteurs postérieurs à la notification de la résiliation sur la détermination de la durée du préavis raisonnable

89. Un autre point sur lequel la jurisprudence nous paraît avoir connu une évolution significative est celui de la possibilité pour le juge de tenir compte d'événements survenus postérieurement à la résiliation. Rappelons à ce sujet que, dans son arrêt du 25 mars 1976, la Cour de cassation avait clairement posé le principe selon lequel *“le droit à indemnisation pouvant résulter de la rupture unilatérale d'une convention naît et se détermine dès la notification de la volonté de rupture par l'une des parties, lors même qu'en vertu d'une stipulation particulière de la convention résiliée, celle-ci continuerait de produire certains effets jusqu'à l'expiration du délai de préavis”*<sup>248</sup>. Dans la logique de cet enseignement, les tribunaux ne devraient donc pas tenir compte d'éléments postérieurs au contrat.

Dans notre examen précédent<sup>249</sup>, nous avons toutefois relevé que la jurisprudence dérogeait fréquemment à la rigueur des principes devant découler de cet arrêt en estimant que l'équité permettait également de tenir compte d'événements postérieurs à la rupture, telle que la conclusion ou, au contraire l'absence de conclusion, d'un nouveau contrat. Au cours de la période examinée, cette jurisprudence a été confirmée tant par les juridictions de fond<sup>250</sup> que par la Cour de cassation elle-même.

90. Dans son arrêt du 16 mai 2003<sup>251</sup>, la Cour de cassation a ainsi jugé que *“ni la circonstance que la juste indemnité à laquelle le concessionnaire a droit est déterminée par les parties au moment de la dénonciation du contrat, ni l'équité qui doit guider le juge lors de sa décision, n'empêchent que, lors de la fixation de l'indemnité de rupture compensatoire, le juge tienne compte de tous les éléments dont il a connaissance au moment de la décision”*.

Il en découle donc, selon la Cour, que le juge *“peut également prendre en considération les résultats obtenus par le concessionnaire au cours de l'exercice de la résiliation y compris la période du préavis notifié, pour autant qu'il n'apparaisse pas que la résiliation a influencé ces résultats”*.

La Cour de cassation a confirmé cet enseignement dans un arrêt du 7 avril 2005, formulé en des termes quasi identi-

ques, la Cour énonçant que: *“Ni la circonstance que le préavis raisonnable auquel le concessionnaire a droit se détermine dès la dénonciation du contrat, ni l'équité qui doit guider le juge n'excluent que, lors de l'évaluation du préavis raisonnable, celui-ci tienne compte de tous les éléments dont il dispose au moment de sa décision.”*<sup>252</sup>.

La Cour casse donc la décision qui faisait l'objet d'un pourvoi en ce que celle-ci avait considéré que: *“Le délai de préavis raisonnable doit s'apprécier, in abstracto, au moment de sa notification et que les événements postérieurs ne doivent donc pas entrer en ligne de compte.”*

Cette jurisprudence de la Cour de cassation a été généralement suivie par les juridictions de fond<sup>253</sup>. Dans un arrêt du 30 novembre 2004, la cour d'appel de Liège s'est toutefois encore référée à l'arrêt du 25 mars 1976 de la Cour de cassation pour décider que l'on ne pouvait reprocher à l'expert de n'avoir pas pris une certaine année en considération pour la base de calcul des frais généraux compressibles (nous supposons qu'il devait s'agir d'une année ultérieure à la rupture), dès lors que ceci reviendrait à tenir compte d'un élément postérieur à la résiliation.

91. Dans un arrêt du 4 décembre 2003<sup>254</sup>, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur un pourvoi par lequel le concédant soutenait que l'indemnité de préavis ne pouvait couvrir que les frais que le concessionnaire avait effectivement encourus durant la période de préavis qui lui avait été accordée ou qui aurait dû l'être, et ne pouvait indemniser un préjudice non réellement subi, tels que des frais que le concessionnaire aurait dû normalement supporter avant la résiliation du contrat mais que, en raison de cette résiliation ou pour toute autre cause, il avait pu éviter et n'avait pas dû supporter effectivement après la résiliation ou, si un délai de préavis insuffisant lui avait été accordé par le concédant, à l'expiration de cette période de préavis. Le concédant soutenait que l'indemnité compensatoire de préavis n'était en aucune façon une indemnité forfaitaire mais devait au contraire être calculée sur base du préjudice effectivement subi par le concessionnaire.

La Cour rejeta le moyen en énonçant que *“en cas de résiliation de la concession sans préavis suffisant par une partie, le juge peut uniquement condamner cette partie, en cas de contestation, à payer une indemnité compensatoire du préavis insuffisant”* de telle sorte que *“le moyen, qui soutient que, pour déterminer cette indemnité, il faut tenir compte des frais réellement supportés par la partie subissant la résilia-*

<sup>248</sup>. Cass. 25 mars 1976, *Pas.* 1976, I, p. 824.

<sup>249</sup>. Examen 2003, p. 39, n° 81.

<sup>250</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>251</sup>. Cass. 16 mai 2003, *R.W.* 2005-06, p. 222, *DAOR* 2003, p. 33.

<sup>252</sup>. Cass., 7 avril 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 1448; *Pas.* 2005, I, p. 804; *R.W.* 2005-06, p. 1176.

<sup>253</sup>. Bruxelles 6 mai 2004, *R.D.C.* 2005, p. 72 et note A. DE SCHOUTHEETE, *R.D.C.* 2005, p. 78.

<sup>254</sup>. Cass. 4 décembre 2003, *Pas.* 2003, I, p. 195; *R.D.C.* 2005, p. 24.

tion pendant la période de préavis manquant fixée par le juge, manque en droit”.

## B. *Appréciation in concreto ou in abstracto?*

92. En mettant ces décisions en parallèle avec les décisions précitées de la Cour de cassation sur le critère de détermination de la durée du préavis raisonnable, on voit donc que ces deux évolutions n’aboutissent cependant pas à déterminer la durée du préavis en fonction de la durée qui fut effectivement nécessaire au concessionnaire pour se procurer une source de revenus nets équivalente ni à déterminer le montant de l’indemnité compensatoire sur base du préjudice effectivement subi par le concessionnaire.

Pour A. de Schoutheete, “la quantification du préavis ‘raisonnable’ et des indemnités visées par la loi – et singulièrement de la ‘juste’ indemnité évoquée à l’article 2 – doit en dernière analyse s’effectuer *in concreto*, en tenant compte de l’ensemble des circonstances propres à l’espèce, en ce compris les événements postérieurs à la rupture et qui sont en rapport avec la faute ou le dommage”<sup>255</sup>. Cependant, “le rôle dévolu à l’équité par les articles 2 et 3, s’il fait obstacle à ce que l’évaluation soit effectuée de manière purement abstraite, permet aussi, le cas échéant, de corriger les effets d’une application trop rigoureuse des principes de droit commun, sans toutefois que le juge puisse s’autoriser de la relative imprécision des contours de l’équité pour s’abstraire de toute forme d’évaluation objective”<sup>256</sup>.

Commentant ce que certains auteurs<sup>257</sup> avaient considéré constituer un manque de cohérence dans la jurisprudence de la Cour de cassation résultant des arrêts précités des 16 mai et 4 décembre 2003, l’un des auteurs du présent examen avait indiqué que ces arrêts lui semblaient “plutôt être l’affirmation du refus de la Cour de se laisser enfermer dans un faux débat entre appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto*, dont l’issue tranchée en faveur de l’une des deux thèses ne pourrait que porter atteinte au principe selon lequel le juge doit statuer en équité. L’équité ne saurait en effet s’accommoder d’un carcan de règles préétablies, interdisant au juge d’avoir égard à certains éléments ou l’obligant au contraire à les prendre en compte”<sup>258</sup>.

Pour M. Willemart et A. De Strijcker<sup>259</sup>, “la durée du préavis doit, en règle, être fixée par le juge au moment de la résiliation du contrat et en fonction des données connues à ce moment”. En effet, selon eux, la détermination du préavis et de l’indemnité compensatoire *a posteriori*, sur base d’éléments inconnus au moment de la rupture, est difficilement conciliable avec la pratique des affaires et la sécurité juridique. Ce n’est qu’à titre exceptionnel et au nom de l’équité que le juge pourrait tenir compte d’éléments postérieurs à la rupture pour fixer la durée du préavis et le montant de l’indemnité compensatoire, l’évaluation de ces éléments devant être faite *in abstracto*.

Pour L. du Jardin, “l’appréciation concrète est une faculté au même titre que l’appréciation abstraite; c’est une question d’espèce”, de telle sorte que tant la durée du préavis que la détermination du montant de l’indemnité compensatoire relèvent de l’appréciation souveraine du juge du fond qui pourra, sans cependant y être obligé, tenir compte d’éléments postérieurs à la rupture et pourra donc se placer, pour apprécier le dommage, soit au moment de la résiliation, soit au moment de l’expiration du préavis, soit au moment où il statue. Lorsqu’il statue avant l’expiration du préavis, le juge pourrait alors tenir compte des “probabilités” à l’expiration du préavis. Selon cet auteur, tout sera une question d’espèce, le juge devant être guidé par l’équité<sup>260</sup>.

Nous avons fait valoir dans nos examens antérieurs<sup>261</sup> que “le juge doit pouvoir tenir compte d’éléments postérieurs à la rupture, afin d’éviter qu’un excès d’abstraction juridique aboutisse à une décision inéquitable”<sup>262</sup>. Les arrêts précités de la Cour de cassation le confirment en rappelant la prééminence donnée par la loi à l’équité et en permettant sans l’imposer la prise en compte de facteurs postérieurs à la résiliation.

Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation, on ne peut donc approuver un arrêt du 18 octobre 2007 de la cour d’appel de Bruxelles, qui a jugé que: “La détermination de la période de préavis doit se faire *in concreto* en tenant compte des situations et des circonstances propres aux parties tant au moment de la rupture qu’après celle-ci.”<sup>263</sup>. Ce faisant, la cour transforme la faculté de prise en considération concrète d’éléments postérieurs à la rupture en une obli-

<sup>255</sup>. A. DE SCHOUTHEETE, “Détermination *in concreto* ou *in abstracto* de l’indemnité de rupture visée à l’article 2 de la loi du 27 juillet 1961”, R.D.C. 2003, pp. 535 et s.; l’opinion de cet auteur a fait l’objet d’une réaction critique publiée à la suite de cette note sous la signature I.V.

<sup>256</sup>. *Ibid.*

<sup>257</sup>. Voy. Y. VAN COUTER, “Schadebegroting bij de toepassing van artikel 2 van de wet van 27 juli 1961: ‘juger selon la raison plutôt que selon les inclinaisons du cœur’”, R.D.C. 2005, p. 26.

<sup>258</sup>. P. HOLLANDER, “Quelques précisions intéressantes sur les notions de plus-value notable de clientèle et d’acquisition de la clientèle au concédant dans le cadre de l’article 3, 1° de la loi du 27 juillet 1961” (note sous Cass. 7 janvier 2005), R.D.C. 2005, p. 916.

<sup>259</sup>. A. DESTRYCKER et M. WILLEMART, “Un pont trop loin? Quand et comment évaluer, selon les derniers arrêts de la Cour de cassation, les indemnités prévues par les articles 2 et 3 de la loi du 27 juillet 1961?”, J.L.M.B. 2006, p. 957.

<sup>260</sup>. L. DU JARDIN, “Information précontractuelle et appréciation concrète du dommage né de la rupture du contrat de concession: esprit es-tu là?”, DAOR 2006, p. 213, se fondant sur Cass. 10 janvier 2005.

<sup>261</sup>. Examen 1993, n° 75; Examen 1998, n° 71; Examen 2003, n° 82.

<sup>262</sup>. Examen 1993, n° 75.

<sup>263</sup>. Bruxelles 18 octobre 2007, DAOR 2008, p. 129 (souligné par nous); dans le même sens, voy. aussi Bruxelles 6 mai 2004, R.D.C. 2005, p. 72 et note A. DE SCHOUTHEETE.

gation, allant ainsi à l'encontre de l'enseignement des derniers arrêts de la Cour de cassation.

### C. Calcul effectif<sup>264</sup>

93. Dans un arrêt du 6 mai 2004, la cour d'appel de Bruxelles confirma la jurisprudence classique en exposant que: *“L'indemnité compensatoire de préavis est destinée à compenser le manque à gagner dû au non-respect de l'obligation de notifier un préavis raisonnable et plus particulièrement la perte du bénéfice que le concessionnaire aurait pu réaliser pendant la durée du préavis qui eût dû lui être accordé. Elle doit donc être déterminée de manière telle que le concessionnaire obtienne l'équivalent de ce qu'il aurait obtenu suite à l'exécution d'un préavis raisonnable.”*<sup>265</sup>.

94. Cette indemnité est alors calculée sur base du bénéfice semi-net, défini comme étant le bénéfice net augmenté des frais généraux incompressibles en rapport avec l'exploitation de la concession, ou du bénéfice semi-brut, défini comme le bénéfice brut diminué des frais généraux compressibles liés à l'exploitation à la concession<sup>266</sup>, les deux méthodes étant censées aboutir à un résultat normalement identique<sup>267</sup>.

95. La jurisprudence a rappelé que les frais généraux incompressibles en rapport avec l'exploitation de la concession sont ceux qui, *“nonobstant la rupture des relations, continueront néanmoins à grever l'exploitation du concessionnaire jusqu'au moment où le préavis raisonnable [eût] dû expirer”*<sup>268</sup>.

Dans un arrêt du 6 mai 2004, la cour d'appel de Bruxelles, après avoir rappelé que, *“bien que le droit à indemnisation pouvant résulter de la rupture unilatérale d'une convention naisse dès la notification de la volonté de rupture par l'une des parties, le juge doit<sup>269</sup> tenir compte de tous les éléments dont il a connaissance au moment où il prend sa décision”* en conclut que *“la cour ne peut ignorer les conséquences éventuelles de la mise en liquidation (du concessionnaire)*

*sur la permanence des frais incompressibles pendant toute la durée de la période couverte par l'indemnité de préavis”*<sup>270</sup>.

Citant de Schoutheete<sup>271</sup>, la cour estima en outre devoir examiner chacun des postes de frais incompressibles et de vérifier s'ils peuvent constituer un élément du dommage. Cette démarche mérite d'être soulignée dans la mesure où la détermination des frais compressibles et incompressibles est la plupart du temps laissée à des experts désignés par les juges. La cour a ainsi admis comme frais incompressibles le petit outillage, les honoraires payés au comptable, réviseur et avocat, les cotisations et abonnements, les frais de publications légales, les frais d'entretien du système informatique, les frais d'entretien du bâtiment, les salaires effectivement payés aux travailleurs prestant leur préavis, ainsi que les taxes et impôts directs. Elle a par ailleurs admis, mais en partie seulement, les frais administratifs (imprimés, fournitures de bureau, téléphone) ainsi que les frais d'eau, de gaz et d'électricité. Elle a par contre refusé les frais de publicité.

Dans son arrêt précité du 30 novembre 2004<sup>272</sup>, la cour d'appel de Liège a également décidé que ne devaient pas être déduites des frais généraux incompressibles les commissions sur ventes versées à certains membres du personnel, dans la mesure où il était constant que de telles commissions auraient dû être payées avant la résiliation du contrat, et auraient donc également dû l'être durant la période de préavis. Ceci nous paraît critiquable, dès lors que, par hypothèse, de telles commissions n'auront plus à être supportées par le concessionnaire qui réclame le bénéfice d'une indemnité compensatoire de préavis.

96. Dans notre précédent examen<sup>273</sup>, nous avons critiqué un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait jugé que *“les salaires des travailleurs et leurs accessoires ne sont pas considérés comme des charges incompressibles puisque le concessionnaire peut y mettre fin pour le moment où la concession se termine; s'il est débiteur d'indemnité de licenciement pour une période de préavis de droit social excédant le préavis dont il a bénéficié, c'est au titre d'indemnité complémentaire qu'il pourra s'en prévaloir”*<sup>274</sup>.

<sup>264</sup>. Sur le calcul des indemnités dues en vertu de la loi de 1961, voy. l'étude fort complète de M. CALUWAERTS, “La détermination des indemnités en cas de rupture unilatérale d'une concession de vente”, *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 2003, pp. 445 et s.

<sup>265</sup>. Bruxelles 6 mai 2004, *R.D.C.* 2005, p. 72 et note A. DE SCHOUTHEETE. En ce sens également, Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416. Sur cette notion, Y. VAN COUTER, “Schadebegroting bij de toepassing van artikel 2 van de wet van 27 juli 1961: ‘juger selon la raison plutôt que selon les inclinaisons du cœur’”, *R.D.C.* 2005, p. 26.

<sup>266</sup>. Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169, *RABG* 2004, p. 1308; Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416.

<sup>267</sup>. Liège 9 novembre 2006, *R.D.C.* 2007, p. 614; voy. cependant les nuances apportées par M. CALUWAERTS, “La détermination des indemnités en cas de rupture unilatérale d'une concession de vente”, *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 2003, pp. 445 et s., n° 30.

<sup>268</sup>. Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82; Bruxelles 6 mai 2004, *R.D.C.* 2005, p. 72 et note A. DE SCHOUTHEETE, *R.D.C.* 2005, p. 78.

<sup>269</sup>. L'utilisation du verbe “doit” est regrettable. Comme dit ci-avant (n° 90), la prise en considération d'éléments postérieurs à la résiliation n'est pas une obligation mais une faculté.

<sup>270</sup>. Bruxelles 6 mai 2004, *R.D.C.* 2005, p. 72 et note A. DE SCHOUTHEETE, p. 78.

<sup>271</sup>. A. DE SCHOUTHEETE, “Détermination *in concreto* ou *in abstracto* de l'indemnité de rupture visée à l'article 2 de la loi du 27 juillet 1961”, *R.D.C.* 2003, p. 537.

<sup>272</sup>. Liège 30 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 966.

<sup>273</sup>. Examen 2003, n° 89.

<sup>274</sup>. Liège 5 mai 1998, R.G. 181/96; l'arrêt cite *Traité pratique de droit commercial*, T. II, n° 963.

La cour est revenue sur sa position qui était invoquée devant elle par un concédant, jugeant que: *“Le concessionnaire, pris de court en raison même de l’insuffisance du préavis notifié par le concédant, n’a eu d’autre choix que de conserver son personnel pour tenter de se relancer... Par ailleurs, le concessionnaire dont l’activité s’adresse d’abord à des professionnels, avait tout intérêt à garder à son service un personnel hautement spécialisé pour conserver la confiance de ses cocontractants; si il avait dès le départ licencié son personnel, il aurait sans doute perdu une grande partie de sa crédibilité... Enfin, l’activité du concessionnaire concernait, à concurrence de 33%, l’exploitation d’autres marques. Les membres du personnel du concessionnaire n’étaient donc que partiellement affectés à l’exploitation de la concession. La partie de la rémunération des travailleurs correspondant à la part que représente la concession... dans leur activité est nécessairement incompressible, dans la mesure où le salaire de ces travailleurs ne peut être réduit à concurrence de l’activité perdue.”*<sup>275</sup>.

Dans le même sens, la cour d’appel de Bruxelles a jugé que: *“Seules les indemnités compensatoires de préavis peuvent être indemnisées en application de l’article 3, 3° de la loi du 27 juillet 1961, alors que les rémunérations payées à l’occasion d’une prestation de préavis entrent dans les frais incompressibles inclus dans l’indemnité prévue par l’article 2 de la loi.”*<sup>276</sup>.

**97.** Dans une affaire où la cour avait refusé d’appliquer la loi du 27 juillet 1961 à la concession de vente ayant existé entre parties, tout en accordant au concessionnaire, sur base du droit commun, un préavis de 6 mois, la cour estima que, en raison du délai assez bref du préavis, l’indemnité compensatoire pouvait être calculée sur base de la marge brute réalisée sur les produits, dans la mesure où peu ou pas de frais pouvaient être compressés pendant cette période<sup>277</sup>.

**98.** La **période de référence** à prendre en considération varie selon les juridictions qui s’efforcent semble-t-il de prendre en considération la période de référence qui *“reflète le mieux, compte tenu des circonstances de l’espèce et de la manière dont les relations se sont déroulées entre les par-*

*ties, la valeur de la concession au moment de la résiliation”*<sup>278</sup>.

Au cours de la période examinée, ont ainsi été retenues:

- l’année complète précédant la résiliation et les 3 premiers mois de l’année en cours au moment de la résiliation<sup>279</sup>;
- les deux dernières années civiles de la concession<sup>280</sup>;
- les trois dernières années d’activité (et non les trois dernières années civiles) jusqu’au jour de la notification de la résiliation<sup>281</sup>;
- les cinq dernières années civiles complètes d’activité, compte tenu des discussions concernant la fixation des prix des produits et du plus grand nombre de reprises de certains produits les deux dernières années<sup>282</sup>;
- les trois années précédant l’année de la résiliation ainsi que la période de préavis effectif<sup>283</sup>.

**99.** Bien souvent, les tribunaux désigneront un **expert** pour procéder à l’évaluation de l’indemnité compensatoire de préavis, le cas échéant en accordant au demandeur le bénéfice d’une indemnité provisionnelle. La Cour de cassation a, dans son arrêt précité du 20 juin 2008<sup>284</sup>, jugé que: *“Les juges n’étant point astreints à suivre l’avis des experts si leur conviction s’y oppose, la cour d’appel ne délègue pas sa juridiction lorsqu’elle confie à un expert la mission technique de déterminer les frais incompressibles relatifs à la distribution des produits concédés.”*

On ne peut toujours que déplorer que certaines décisions semblent s’en remettre totalement à l’expert pour déterminer le montant des indemnités compensatoire et complémentaire de préavis dues, sans lui impartir au préalable les critères sur lesquels ces indemnités devront être calculées<sup>285</sup>.

Relevons toutefois un arrêt de la cour d’appel de Bruxelles du 27 février 2003<sup>286</sup> qui considéra que, en ce qu’ils étaient extraits de sa comptabilité générale, les chiffres relatifs au bénéfice d’exploitation du concessionnaire pouvaient être pris en considération à titre d’information.

Relevons également un arrêt particulièrement sévère de la cour d’appel de Bruxelles<sup>287</sup> qui, après avoir constaté que le concessionnaire eût pu prétendre à un préavis de 12 mois, lui

<sup>275</sup>. Liège 9 novembre 2006, *R.D.C.* 2007, p. 614 (résumé Th. DELVAUX).

<sup>276</sup>. Bruxelles 6 mai 2004, *R.D.C.* 2005, p. 72 et note A. DE SCHOUTHEETE, *R.D.C.* 2005, p. 78.

<sup>277</sup>. Bruxelles 30 janvier 2004, *R.D.C.* 2005, p. 55 et *R.D.C.* 2007, p. 969.

<sup>278</sup>. Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82.

<sup>279</sup>. Liège 18 décembre 2003, *J.L.M.B.* 2004, p. 33 et *R.D.C.* 2005, p. 50.

<sup>280</sup>. Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416. La cour réforme sur ce point le jugement entrepris qui avait retenu les quatre dernières années de la concession, justifiant la longueur de cette période par le fait que la diminution du chiffre d’affaires relatif aux produits concernés était due au concédant et non pas au concessionnaire; Liège 9 novembre 2006, *R.D.C.* 2007, p. 614.

<sup>281</sup>. Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82, confirmé en appel par Bruxelles 4 septembre 2007, R.G. 2004/AR/1650, *inédit*; Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169, *RABG* 2004, p. 1308.

<sup>282</sup>. Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169, *RABG* 2004, p. 1308.

<sup>283</sup>. Bruxelles 7 mai 2003, *R.D.C.* 2004, p. 582.

<sup>284</sup>. Cass. 20 juin 2008, *R.D.C.* 2009, p. 259, avec note P. HOLLANDER.

<sup>285</sup>. Voy. p. ex. Bruxelles 1<sup>er</sup> avril 2003, *R.D.C.* 2005, p. 569; Bruxelles 7 mai 2003, *R.D.C.* 2004, p. 582.

<sup>286</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929, *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>287</sup>. Bruxelles 12 juin 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 32.

refusa cependant le bénéfice d'une indemnité compensatoire de préavis, à défaut pour lui d'apporter la preuve que le manquement du concédant à l'obligation d'octroyer un préavis raisonnable lui avait causé un préjudice certain, ou à tout le moins, de fournir des "données suffisantes pour en évaluer l'étendue". Sauf à avoir voulu sanctionner un concessionnaire qui n'avait apparemment pas suffisamment étayé sa demande, cette décision paraît extrêmement sévère puisque ces éléments auraient aussi bien pu être déterminés par une expertise.

**100.** Relevons enfin un arrêt du 18 octobre 2007 de la cour d'appel de Bruxelles<sup>288</sup> dans lequel la cour, réformant en cela le jugement entrepris, a jugé que seul le chiffre d'affaires et les bénéfices provenant de la vente des produits dans le réseau officiel des détaillants belges agréés répondant aux critères de distribution sélective pouvaient être pris en compte, à l'exclusion du bénéfice réalisé en dehors du réseau officiel, dans la mesure où le distributeur était en l'espèce tenu de ne vendre qu'à des détaillants agréés appartenant au réseau officiel des revendeurs des produits concernés.

La portée de cette décision ne doit pas être généralisée. Si le concédant était au courant de ces ventes et les a tolérées, nous n'apercevons pas le motif de ne pas en tenir compte. Si de telles ventes se sont déroulées à son insu, la question est plus discutable: ces ventes ont contribué à la formation du résultat du concessionnaire (et, au demeurant, du concédant également) et leur prise en considération dans le calcul de l'indemnisation des avantages qu'aurait pu recueillir le concessionnaire par l'octroi d'un préavis effectif (pendant lequel de telles ventes auraient continué) ne pourrait être exclue que si le caractère fautif de telles ventes était établi, ce qui ne sera pas toujours le cas. Ainsi, le concessionnaire exclusif qui aurait procédé à des ventes passives en dehors de son secteur d'exclusivité ne pourrait se voir reprocher aucune faute.

### Section 3. Les obligations des parties en cours de préavis

**101.** Dans une affaire où le concédant, tout en mettant fin au contrat en vertu d'un pacte comissoire exprès, avait accordé au concessionnaire un certain délai de "transition" de façon à lui permettre de limiter son dommage, la cour d'appel de Liège<sup>289</sup> a considéré que, dès lors que cette résiliation se fondait sur des retards de paiement du concessionnaire, le concé-

dant avait valablement pu subordonner, durant cette période transitoire, la livraison des produits au paiement préalable des commandes. Dans la rigueur des principes, une telle solution ne devrait pas pouvoir être acceptée dès lors que, en cours de préavis, les parties ont naturellement l'obligation de continuer à exécuter le contrat dans ses termes habituels. La solution peut cependant être justifiée par le recours à l'exception d'inexécution dans le "cadre" du "contrat-cadre" que constitue le contrat de concession. Elle nous paraîtrait également pouvoir l'être en ce que, dans une telle hypothèse, le délai accordé au concessionnaire ne doit pas, nous semble-t-il, être considéré comme un délai "classique" de préavis mais comme une période "transitoire" simplement destinée à lui permettre de limiter son dommage.

**102.** Dans une affaire où le concédant n'avait pas invité son concessionnaire à une importante foire annuelle (qui générerait 10% du chiffre d'affaires du concessionnaire) alors que celle-ci avait lieu avant l'expiration du préavis, la cour d'appel de Bruxelles a désigné un expert chargé d'évaluer les livraisons de commandes passées lors de la foire qui auraient pu s'effectuer avant l'expiration du préavis, la cour considérant que "la fin du préavis doit correspondre à la fin des livraisons et non à la fin des commandes"<sup>290</sup>. Cette dernière appréciation de la cour ne paraît pas nécessairement aller de soi.

### Section 4. Droit commun

**103.** Plusieurs décisions ont rappelé qu'en cas de non-application de la loi du 27 juillet 1961, la résolution d'un contrat de concession sera soumise au droit commun.

Il résulte de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de cause de la demande en droit judiciaire au cours de la période examinée<sup>291</sup> que le juge peut être amené à examiner une telle réparation sur base du droit commun même si le demandeur n'invoquait que la loi du 27 juillet 1961.

La cour d'appel de Liège a ainsi jugé que "par sa demande originaires, l'appelante réclame l'indemnisation du préjudice qu'elle dit avoir subi suite à la rupture fautive du contrat par l'intimée. Il convient dès lors d'examiner, sans modifier ni son objet ni sa cause, si la demande d'indemnisation n'est pas fondée au regard du droit commun des contrats et de l'exécution de bonne foi des conventions qui exi-

<sup>288.</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>289.</sup> Liège 23 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 962; sur cette décision, voy. notamment n° 51 et s.

<sup>290.</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>291.</sup> Cass. 18 novembre 2004, *J.T.* 2005, p. 160 et note J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "La théorie de la cause en voie de dénouement"; Cass. 14 avril 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 856 et note DE LEVAL; Cass. 16 mars 2006, *Pas.* 2006, I, p. 615 et *R.D.J.P.* 2006. Ce dernier arrêt a cassé une décision de la cour d'appel d'Anvers qui, saisie d'une demande tendant à l'obtention des indemnités prévues par la loi du 27 juillet 1961 en raison, selon le demandeur, de la rupture d'un contrat de concession de vente exclusive, avait, après avoir rejeté l'existence d'une telle concession exclusive, débouté le demandeur de sa demande, sans cependant examiner si le contrat de concession de vente en cause ne pouvait, pour un autre motif, bénéficier de la protection légale.

gent qu'une résiliation unilatérale ne peut intervenir de façon arbitraire sans ménagement des intérêts du cocontractant"<sup>292</sup>.

D'autres décisions ont par contre estimé que, lorsqu'aucun autre fondement légal que la loi du 27 juillet 1961 n'est invoqué et que cette loi ne s'applique pas, la demande doit être déclarée non fondée<sup>293</sup>.

**104.** Sur le fond, rappelons qu'une convention comportant des prestations échelonnées dans le temps et conclue pour une durée indéterminée peut être résiliée à tout moment par chacune des parties, si cette résiliation n'est pas exclue par une règle légale particulière<sup>294</sup>.

La cour d'appel de Bruxelles a cependant rappelé que "*le droit de résiliation n'est pas discrétionnaire et la bonne foi qui doit présider à la résiliation des contrats s'oppose à ce qu'il soit exercé sans prendre en considération les intérêts légitimes de l'autre partie, celui qui résilie le contrat devant, en principe, veiller à éviter que la rupture soit préjudiciable à son cocontractant. La circonspection ainsi imposée à celui qui exerce le droit de résiliation comporte, en règle générale, l'obligation de respecter un préavis, en vue de permettre au cocontractant de prendre ses dispositions*"<sup>295</sup>. En l'espèce, la cour considéra qu'un préavis de 6 mois était justifié pour une concession ayant duré 7 ans, représentant 30% du chiffre d'affaires du concessionnaire, dont l'activité était toutefois déficitaire.

De même, dans deux arrêts, la cour d'appel de Liège, reprenant les termes d'un arrêt antérieur de la cour d'appel de Bruxelles<sup>296</sup>, a jugé qu'"*en vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions, cette faculté de rompre ne peut toutefois s'exercer de manière constitutive d'un abus de droit et que tel est notamment le cas d'une rupture brutale, intempestive, spoliatrice ou arbitraire, sans ménagement quelconque*"<sup>297</sup>.

Dans l'un de ces arrêts, elle estima cependant que tel n'avait pas été le cas en l'espèce où le concessionnaire avait été informé du fait qu'il n'y aurait plus qu'un seul distributeur qui serait choisi au terme d'une procédure amiable d'appel d'offre 6 mois avant que les résultats de cette procédure lui soient communiqués et qu'à partir de ce moment, il avait encore bénéficié d'un préavis de presque 4 mois.

Dans le second, la cour a rejeté l'application de la loi du 27 juillet 1961 pour le motif que le contrat concernait la dis-

tribution exclusive de produits au Soudan. Après avoir affirmé qu'il y a lieu de tenir compte des intérêts légitimes du concédant et constaté que les raisons du choix économique fait par le concédant apparaissaient clairement dès lors que le chiffre d'affaires réalisé par le nouveau concessionnaire avait décuplé, la cour estima que toute comparaison avec les situations régies par la loi du 27 juillet 1961 était hors de propos et considéra que "*le respect de la liberté individuelle et de la liberté du commerce s'accomode mal de délais de préavis trop longs qui entravent le libre jeu de la concurrence*". La cour valida le délai de préavis de 2 mois fixé par le premier juge, pour une relation ayant duré 15 ans, ce délai correspondant en fait à la durée qui restait à courir de la licence étatique dont devait bénéficier le concessionnaire pour l'importation des produits dans le pays concerné.

**105.** Dans un arrêt du 27 avril 2004<sup>298</sup>, la cour d'appel de Bruxelles a eu à connaître d'une affaire dans laquelle un contrat de concession de vente non soumis à la loi de 1961 avait été conclu pour une durée indéterminée, assortie d'un minimum de 3 ans. Sans invoquer de faute grave du concessionnaire, le concédant y avait mis un terme avant l'expiration de ce délai. La cour a jugé que le concessionnaire pouvait prétendre à une indemnité couvrant les frais encourus et le manque à gagner, de façon à être replacé dans la situation qui eût été la sienne si le concédant n'avait pas fautivement résilié la concession. En l'espèce, la cour a considéré que, en l'absence de données chiffrées précises, cette indemnité devait être évaluée en équité. Dans cette appréciation, la cour exposa ne pouvoir se fonder sur les ventes qui auraient été "*très vraisemblablement*" conclues par le concessionnaire ni sur les objectifs de vente minimum de celui-ci. Elle fonda donc son estimation du manque à gagner sur les perspectives du marché, ainsi que sur la marge brute du concessionnaire. La cour exposa également tenir compte de ce que le contrat eût pu se prolonger au-delà du délai minimum de 3 ans, ce qui nous paraît contestable puisque le concédant avait le droit de mettre fin au contrat pour cette échéance.

**106.** La cour d'appel de Liège a quant à elle jugé que "*la circonstance que l'on ne se trouve pas en présence d'un contrat de concession ne prive bien entendu pas [le distributeur] de la possibilité de réclamer suivant le droit commun la réparation du dommage qu'[il] a subi en raison de la rupture de l'approvisionnement en produits. Encore faut-il qu'[il] fasse la preuve de celui-ci*"<sup>299</sup>.

<sup>292</sup> Liège 4 mai 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 491.

<sup>293</sup> Liège 2 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1223; Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002, p. 408.

<sup>294</sup> Cass. 22 novembre 1973, *Pas.* 1974, I, p. 312.

<sup>295</sup> Bruxelles 30 janvier 2004, *R.D.C.* 2005, p. 55 et *R.D.C.* 2007, p. 969.

<sup>296</sup> Bruxelles 8 février 2001, *R.D.C.* 2003, p. 500.

<sup>297</sup> Liège 28 juin 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 1603; Liège 17 décembre 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 1609 et les références citées; sur ces 2 arrêts, voy. également note P. KILESTE et C. STAUDT, "Application du droit commun lors de la rupture d'un contrat de distribution tombant hors du champ d'application de la loi du 27 juillet 1961".

<sup>298</sup> Bruxelles 27 avril 2004, *R.D.C.* 2007, p. 973.

<sup>299</sup> Liège 27 avril 2006, *R.D.C.* 2007, p. 182, *J.L.M.B.* 2007, p. 489.

## CHAPITRE VIII. L'INDEMNITÉ COMPLÉMENTAIRE

### Section 1. Considérations générales

**107.** L'article 3 de la loi dispose que: "*Si la concession de vente visée à l'article 2 est résiliée par le concédant pour d'autres motifs que la faute grave du concessionnaire, ou si ce dernier met fin au contrat en raison d'une faute grave du concédant, le concessionnaire peut prétendre à une indemnité complémentaire équitable. Cette indemnité est évaluée, selon le cas, en fonction des éléments suivants:*

- *1° la plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire et qui reste acquise au concédant après la résiliation du contrat;*
- *2° les frais que le concessionnaire a exposés en vue de l'exploitation de la concession et qui profiteraient au concédant après l'expiration du contrat;*
- *3° les dédits que le concessionnaire doit au personnel qu'il est dans l'obligation de licencier par suite de la résiliation de la concession de vente."*

**108.** Par son arrêt du 20 juin 2008, la Cour de cassation a précisé que "*l'article 3 de la loi n'interdit pas au juge d'allouer au concessionnaire une indemnité distincte pour plus-value notable de clientèle et pour frais*"<sup>300</sup>. Le demandeur soutenait que les différents éléments visés par les articles 3, 1° à 3, 3° de la loi devaient être considérés comme des paramètres pour la fixation d'une seule indemnité et que l'octroi de plusieurs indemnités distinctes revenait à indemniser plusieurs fois un même poste, vu que les frais exposés visaient à fidéliser une clientèle pour la plus-value de laquelle le concessionnaire était déjà indemnisé. La Cour a rejeté ce moyen et a estimé que, pour le surplus, il aurait impliqué une appréciation en fait, ce qui n'est pas en son pouvoir.

**109.** En vertu d'une jurisprudence constante, en particulier de la Cour de cassation<sup>301</sup>, l'indemnité complémentaire est considérée comme indépendante de l'indemnité compensatoire de préavis, et peut être due alors même que celle-là ne le serait pas. Ce principe a été rappelé par le tribunal de commerce de Bruxelles dans un jugement du 13 mars 2003<sup>302</sup>. C'est en revanche manifestement à tort que la cour d'appel de Gand a qualifié dans un arrêt du 5 novembre 2007 l'obligation de payer l'indemnité complémentaire prévue par l'article 3 de la loi comme substituant celle de respecter un préavis raisonnable, au même titre que celle de payer une indemnité compensatoire de préavis<sup>303</sup>. La cour a été amenée

à adopter pareille motivation critiquable dans le cadre d'un débat sur sa compétence territoriale en application de l'article 5.1. du règlement européen n° 44/2001 sur la compétence et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale. Nous renvoyons donc aux développements spécifiques consacrés à cette question ci-après<sup>304</sup>.

**110.** L'indemnité complémentaire visée à l'article 3 n'est due qu'au profit du concessionnaire et uniquement si le contrat a été résilié par le concédant pour d'autres motifs que la faute grave du concessionnaire, ou par le concessionnaire en raison d'une faute du concédant. Le tribunal de commerce de Mons a donc logiquement refusé de faire droit à la demande d'indemnité complémentaire formée par le concessionnaire alors que celui-ci avait marqué son accord sur la résiliation. Le tribunal releva que "*la résiliation par les deux parties de commun accord ne fait pas partie des hypothèses dans lesquelles le droit à indemnisation complémentaire est accordé au concessionnaire*"<sup>305</sup>.

**111.** Comme on l'a vu ci-dessus<sup>306</sup>, la question du moment auquel le juge doit se placer pour apprécier le droit à indemnité ouvert à la partie qui s'en prévaut a donné lieu à une abondante jurisprudence, notamment de la Cour de cassation. Cette question concerne également la détermination de l'indemnité complémentaire. Aussi renvoyons-nous ici aux développements que nous y avons consacrés ci-dessus.

### Section 2. L'indemnité pour plus-value notable de clientèle

#### A. Rappel des principes

**112.** L'article 3, 1° de la loi du 27 juillet 1961 pose trois conditions qui doivent être remplies pour que le concessionnaire puisse se voir indemniser en application de cette disposition légale: (1) l'exploitation de la concession doit avoir entraîné une plus-value notable de clientèle, (2) celle-ci doit avoir été apportée par le concessionnaire et (3) la clientèle ainsi apportée doit rester acquise au concédant après la fin de la concession. Nous passerons ces conditions en revue de manière détaillée dans les sections suivantes.

La cour d'appel de Bruxelles a rappelé à plusieurs reprises que c'est sur le concessionnaire que repose la charge de

<sup>300.</sup> Cass, 20 juin 2008, *R.D.C.* 2009, p. 259, avec note P. HOLLANDER.

<sup>301.</sup> Voy. Cass. 19 janvier 1994, *Pas.* 1994, I, p. 540; Cass. 31 octobre 1997, *R.D.C.* 1998, p. 228; *R.W.* 1998-99, p. 1306 et note S. DENOÛ; voy. également Examen 2003, n° 96.

<sup>302.</sup> Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82.

<sup>303.</sup> Gand 5 novembre 2007, *NjW* 2008, p. 500 et note R. STEENNOT.

<sup>304.</sup> *Infra*, n° 154.

<sup>305.</sup> Comm. Mons 15 mai 2003, *DAOR* 2002, p. 422.

<sup>306.</sup> Voy. *supra*, nos 89 et s.

démontrer que les conditions d'indemnisation posées par l'article 3 sont réunies<sup>307</sup>. Dans son arrêt du 27 février 2003, la cour a d'ailleurs souligné le caractère cumulatif de ces conditions.

**113.** Dans un arrêt du 30 novembre 2004, la cour d'appel de Liège a jugé à juste titre que ce n'est pas parce que l'activité d'un concessionnaire est déficitaire que la clientèle développée par celui-ci ne présente pas une valeur intrinsèque pour le concédant<sup>308</sup>.

## B. Plus-value notable

**114.** L'existence d'une plus-value notable de clientèle s'apprécie traditionnellement par une comparaison des situations avant le début de la concession et lors de sa résiliation.

Ce critère, s'il est le plus objectif et le plus communément admis (voir *infra*), n'est toutefois pas requis par le texte de l'article 3, 1° de la loi, comme l'a décidé la Cour de cassation dans son arrêt du 7 janvier 2005, dans lequel elle a jugé que *"le juge qui, sur la base des circonstances de la cause, apprécie souverainement en fait que, lors de la résiliation du contrat de concession il y a une plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire au cours de la concession et dont on peut raisonnablement admettre qu'elle restera fidèle au concédant, ne doit pas nécessairement déterminer la plus-value de clientèle sur la base d'une comparaison entre la clientèle existant au début du contrat de concession et celle existant après la résiliation du contrat, pour évaluer l'indemnité complémentaire équitable"*<sup>309</sup>. La portée de cet arrêt ne doit pas être exagérée: la Cour n'a nullement condamné la prise en considération de la comparaison de la clientèle comme critère d'appréciation de l'existence d'une plus-value notable. Elle a uniquement décidé que l'existence d'une telle plus-value (ou son inexistence) pouvait être déduite d'autres éléments ressortissant à l'appréciation souveraine du juge du fond.

**115.** Plusieurs décisions (rendues avant ou après l'arrêt précité de la Cour de cassation) ont donc logiquement continué à comparer la situation de la clientèle entre le début et la fin de la concession pour décider qu'il existait ou non une plus-value notable de clientèle<sup>310</sup>.

La comparaison de la clientèle peut d'abord porter sur le chiffre d'affaires réalisé par le concessionnaire au début et à la fin de la concession. Dans son arrêt du 18 octobre 2007, la cour d'appel de Bruxelles a précisé que dans un tel cas, cette comparaison *"doit être relativisée en fonction de l'évolution des prix des produits concernés, du taux de change de la monnaie ainsi que du marché"*<sup>311</sup>. Nous avons indiqué dans notre précédent examen les réserves que pouvait susciter une prise en compte trop systématique de facteurs tels que l'évolution des prix ou des taux de change<sup>312</sup>. Il en va de même de l'évolution générale du marché. Celle-ci peut effectivement présenter une certaine pertinence pour apprécier le caractère notable de la plus-value: si, sur la période envisagée, le marché général a évolué plus fortement que les résultats du concessionnaire, la plus-value de clientèle pourra être considérée comme n'étant pas notable. Il reste toutefois que l'évolution du marché est un élément très délicat à manier pour relativiser l'existence d'une plus-value notable de clientèle, car elle suppose que le marché pertinent soit préalablement déterminé, ce qui suscite souvent des difficultés techniques et requiert parfois des expertises économiques dont le coût ne sera pas justifié au regard de l'enjeu du litige.

Lorsque c'est l'évolution du chiffre d'affaires qui est prise en considération, le recul du chiffre d'affaires réalisé dans le cadre de la concession pendant quelques années précédant celle de la résiliation n'est pas en soi un motif de rejet de l'indemnité pour plus-value notable de clientèle. C'est en ce sens que s'est prononcée, à juste titre selon nous, la cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 28 juin 2004<sup>313</sup>, même si on ne peut en faire une règle générale. Il convient en effet de vérifier si un tel recul aboutit à un chiffre d'affaires inférieur ou à peine supérieur à celui du début de la concession, auquel cas on ne pourra évidemment pas parler de plus-value notable.

La comparaison peut aussi porter sur le nombre de produits vendus, spécialement dans le cas des concessions automobiles, qui font l'objet de statistiques détaillées à ce sujet. Dans le cas des concessions automobiles, il est parfois soutenu que la plus-value de clientèle est notable si le coefficient de pénétration de la marque dans le territoire concédé est supérieur au coefficient de pénétration nationale. Cette approche a fait l'objet d'une analyse fort critique en doctrine<sup>314</sup>. Au cours de la période examinée, elle a été suivie par le tribunal de commerce de Bruxelles dans un jugement du 13 mars 2003<sup>315</sup>.

<sup>307</sup> Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>308</sup> Liège 30 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 966.

<sup>309</sup> Cass. 7 janvier 2005, *R.D.C.* 2005, p. 916 et note P. HOLLANDER; *J.L.M.B.* 2006, p. 955 et note A. DESTRYCKER et M. WILLEMART; *Pas.* 2005, I, p. 36; *R.W.* 2007-08, p. 837 (c'est nous qui soulignons).

<sup>310</sup> Voy. Bruxelles 7 mai 2003, *R.D.C.* 2004, p. 582; Bruxelles 1<sup>er</sup> avril 2004, *R.D.C.* 2004, p. 569; Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129; Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169, *RABG* 2004, p. 1308.

<sup>311</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>312</sup> Examen 2003, n° 99.

<sup>313</sup> Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169.

<sup>314</sup> M. CALUWAERTS, "La détermination des indemnités en cas de rupture unilatérale d'une concession de vente", *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 2003, pp. 445 et s., n° 37; sur cette question, voy. également nos examens antérieurs, Examen 2003, n° 101; Examen 1998, n° 88.

<sup>315</sup> Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82.

Elle a en revanche été rejetée par la cour d'appel de Bruxelles dans deux arrêts des 1<sup>er</sup> avril<sup>316</sup> et 7 mai 2003<sup>317,318</sup>.

La comparaison peut enfin porter sur le nombre de clients. La cour d'appel de Bruxelles a observé à ce propos que *“le nombre de points de vente n'est qu'un élément à prendre en compte, le chiffre d'affaires réalisé sur le territoire (...) étant bien plus important”*<sup>319</sup>. Nous avouons ne pas voir ce qui permet d'établir une telle hiérarchie des critères, les deux étant assurément pertinents pour apprécier l'existence d'une plus-value notable de clientèle. On peut d'ailleurs considérer que, pour un chiffre d'affaires global comparable, l'avantage patrimonial que représente l'apport de nombreux clients sera plus significatif que celui qui résulterait de l'apport d'un nombre restreint de clients, le risque associé à la perte de l'un de ceux-ci étant proportionnellement plus important.

**116.** Les tribunaux reconnaissent aussi classiquement l'existence d'une plus-value notable de clientèle lorsque le concessionnaire a été le premier distributeur des produits concernés dans le territoire ou le secteur concédé<sup>320</sup>. Relevons à cet égard une décision de la cour d'appel de Bruxelles du 28 janvier 2003 qui se satisfait du fait que le concessionnaire avait été le premier à distribuer les produits *“de manière intensive”* dans le territoire<sup>321</sup>.

**117.** D'autres critères sont parfois pris en considération pour apprécier l'existence d'une plus-value notable de clientèle (comme l'a expressément admis la Cour de cassation dans son arrêt précité du 7 janvier 2005). Ainsi, le tribunal de commerce de Bruxelles a-t-il décidé dans un cas où le concessionnaire n'avait pas réussi à retrouver les résultats qu'il avait enregistrés au début de la concession, que le fait que la concession avait été renouvelée à quatre reprises démontrait que ses résultats avaient été satisfaisants et qu'il en ressortait à suffisance de droit que le concessionnaire avait développé de la clientèle<sup>322</sup>. La cour d'appel de Bruxelles a vu, dans son arrêt du 25 mars 2005, un autre indice de l'existence d'une plus-value notable de clientèle dans les lettres de félicitations que le concessionnaire avait régulièrement reçues de la part du concédant pour ses performances<sup>323</sup>.

**118.** Nous avons évoqué l'arrêt du 18 octobre 2007<sup>324</sup> de la cour d'appel de Bruxelles qui a refusé de tenir compte des ventes réalisées en dehors du réseau officiel de détaillants agréés pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis. La cour a évidemment adopté le même raisonnement pour apprécier l'existence d'une plus-value notable de clientèle. Nous renvoyons aux interrogations que suscite selon nous cette approche<sup>325</sup>.

### C. Apport par le concessionnaire

**119.** De manière générale, l'examen des décisions recensées fait apparaître que la condition d'apport de la plus-value par le concessionnaire se mélange souvent avec celle de l'existence même de cette plus-value notable. Ainsi, nous n'avons pas recensé de décision qui avait admis l'existence d'une plus-value notable de clientèle mais considéré que celle-ci n'avait pas été apportée par le concessionnaire. Nous renvoyons donc aux critères d'appréciation exposés dans la section précédente.

**120.** La question de l'apport spécifique du concessionnaire dans le développement de la clientèle ne se rencontre en réalité que dans les cas où les produits distribués disposent d'une marque notoirement connue. Le concédant tente en général, dans de tels cas, de démontrer que le développement de la clientèle est le fruit de ses propres efforts de promotion de sa marque, plutôt que l'œuvre de son ancien concessionnaire de vente.

Les décisions que nous avons recensées sur cette question pendant la période couverte par notre examen ont toutes rejeté pareille prétention. Ainsi, selon la motivation identique des arrêts de la cour d'appel de Bruxelles des 1<sup>er</sup> avril 2003<sup>326</sup> et 7 mai 2003<sup>327</sup>, si la marque d'une voiture a incontestablement un pouvoir d'attraction déterminé, les efforts du concessionnaire pendant la durée de la concession ont indiscutablement poussé sa clientèle à le choisir lui plutôt qu'un autre concessionnaire de la même marque voire d'une marque différente.

<sup>316.</sup> Bruxelles 1<sup>er</sup> avril 2003, *R.D.C.* 2004, p. 569.

<sup>317.</sup> Bruxelles 7 mai 2003, *R.D.C.* 2004, p. 582.

<sup>318.</sup> Sur ces arrêts, voy. *infra*, n° 120.

<sup>319.</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>320.</sup> Voy. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; *J.T.* 2003, p. 734; Bruxelles 7 mai 2003, *R.D.C.* 2004, p. 582; Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985; Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416; Liège 30 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 966.

<sup>321.</sup> Bruxelles 28 janvier 2003, *R.D.C.* 2004, p. 559.

<sup>322.</sup> Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82.

<sup>323.</sup> Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985; voy. également Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169.

<sup>324.</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>325.</sup> Voy. *supra*, n° 101.

<sup>326.</sup> Bruxelles 1<sup>er</sup> avril 2003, *R.D.C.* 2004, p. 569.

<sup>327.</sup> Bruxelles 7 mai 2003, *R.D.C.* 2004, p. 582.

## D. Clientèle restant acquise au concédant

121. Enfin, la plus-value de clientèle développée par le concessionnaire doit rester acquise au concédant après la fin du contrat.

La question s'est longuement posée de savoir si, pour pouvoir bénéficier de l'indemnité pour plus-value de clientèle, le concessionnaire devait prouver une acquisition effective de la clientèle ou si la preuve à rapporter était moins intense, le concessionnaire pouvant démontrer cette acquisition au moyen de présomptions, voire devant uniquement montrer que la clientèle développée par lui était, en raison des circonstances, de nature à être acquise par le concédant.

La question nous paraît avoir été implicitement tranchée par la Cour de cassation dans son arrêt déjà cité du 7 janvier 2005 dans lequel elle a décidé (certes dans un motif relevant de l'*obiter dictum*) que *“sur la base des circonstances concrètes de la cause, le juge apprécie souverainement en fait si, à la fin du contrat de concession, il est question d'une plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire au cours de la concession, et dont on peut raisonnablement admettre qu'elle restera fidèle au concédant”*<sup>328</sup>.

En soumettant l'octroi de l'indemnité pour plus-value notable de clientèle à la condition que l'on puisse raisonnablement admettre que la clientèle restera fidèle au concédant, la Cour de cassation nous paraît avoir pris position en faveur d'une interprétation souple de la condition d'acquisition de la clientèle visée à l'article 3, 1° de la loi. Il est en effet clair qu'ainsi la Cour n'exige pas que l'ancien concessionnaire rapporte la preuve de l'acquisition effective de la clientèle par le concédant<sup>329</sup>.

L'analyse des décisions rendues par les juridictions de fond pendant la période couverte par le présent examen confirme que celles-ci ne requièrent pas la preuve positive d'une acquisition effective de la clientèle par le concédant et qu'elles vérifient sur base des éléments concrets qui leur sont soumis si cette acquisition peut être présumée ou, pour reprendre la formulation de la Cour de cassation, si l'on peut raisonnablement admettre que la clientèle restera fidèle au

concédant. Les cours et tribunaux se fondent ainsi sur une série d'indices qui les amènent à conclure à l'acquisition de la clientèle.

122. Parmi les indices retenus par la jurisprudence à l'appui d'une présomption d'acquisition de la clientèle au concédant, citons:

- la notoriété de la marque des produits concédés, qui fait présumer de la fidélité des clients<sup>330</sup>;
- l'existence d'un réseau officiel de détaillants agréés<sup>331</sup>;
- l'absence de produits de substitution sur le marché<sup>332</sup>;
- l'arrêt de toute activité par le concessionnaire après la fin de la concession<sup>333</sup>;
- la remise par le concessionnaire de sa liste de clients au concédant<sup>334</sup>, même si ce dernier a refusé d'en prendre possession<sup>335</sup>;
- l'envoi par le concessionnaire à toute sa clientèle, à la demande du concédant, d'une lettre annonçant le changement de distributeur<sup>336</sup>;
- la communication par le concessionnaire à ses clients de l'identité de son successeur<sup>337</sup>;
- le recrutement par le concédant d'un responsable des ventes du concessionnaire<sup>338</sup>.

123. Par ailleurs, la jurisprudence a considéré que les éléments de fait suivants *ne s'opposaient pas* à la réalisation de la condition d'acquisition de la clientèle par le concédant:

- le fait que, compte tenu de la nature des produits vendus (en l'espèce des lits médicalisés), il s'écoule un long délai de plusieurs années avant qu'un client ne passe une nouvelle commande<sup>339</sup>;
- le fait que le concessionnaire écoule après la fin du contrat, comme simple revendeur, le stock de produits resté en sa possession et que le concédant avait refusé de reprendre<sup>340</sup>;
- le fait que le nouveau distributeur ait dû exposer des frais publicitaires lors de la reprise de la concession<sup>341</sup>;
- le fait que le concessionnaire ait poursuivi la distribution de produits similaires, mais jugés non concurrents (car s'adressant à des segments de clientèle différents)<sup>342</sup>.

<sup>328</sup> Cass. 7 janvier 2005, *R.D.C.* 2005, p. 916, *J.L.M.B.* 2006, p. 955, *Pas.* 2005, I, p. 36, *R.W.* 2007-08, p. 837 (c'est nous qui soulignons).

<sup>329</sup> En ce sens: P. HOLLANDER, "Quelques précisions intéressantes sur les notions de plus-value notable de clientèle et d'acquisition de la clientèle au concédant dans le cadre de l'article 3, 1° de la loi du 27 juillet 1961" (note sous Cass. 7 janvier 2005), *R.D.C.* 2005, p. 916. *Contra*: A. DESTRYCKER et M. WILLEMART, "Un pont trop loin? Quand et comment évaluer, selon les derniers arrêts de la Cour de cassation, les indemnités prévues par les articles 2 et 3 de la loi du 27 juillet 1961?" (note sous Cass. 7 janvier 2005), *J.L.M.B.* 2006, p. 957.

<sup>330</sup> Bruxelles 1<sup>er</sup> avril 2003, *R.D.C.* 2004, p. 569; 7 mai 2003, *R.D.C.* 2004, p. 582.

<sup>331</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>332</sup> Bruxelles 28 janvier 2003, *R.D.C.* 2004, p. 559.

<sup>333</sup> Liège 30 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 966.

<sup>334</sup> Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169; *RABG* 2004, p. 1308.

<sup>335</sup> Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>336</sup> Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169; *RABG* 2004, p. 1308.

<sup>337</sup> *Idem*; Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>338</sup> Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416.

<sup>339</sup> Bruxelles 28 janvier 2003, *R.D.C.* 2004, p. 559.

<sup>340</sup> Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>341</sup> *Idem*.

<sup>342</sup> Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

124. Relevons enfin une décision de la cour d'appel de Bruxelles du 25 mars 2005 qui, après avoir admis que la clientèle avait incontestablement été développée par le concessionnaire, a constaté que les achats par le concessionnaire des produits concédés s'étaient effondrés dans les dernières années de la concession, et que pendant la période de préavis, le volume d'achats par le concessionnaire de produits concurrents (qu'il ne lui était pas interdit d'acheter) avait dépassé celui des produits concédés. La cour a considéré qu'il se déduisait de ces éléments qu'en quelques mois, le concessionnaire était parvenu à persuader sa clientèle d'acheter immédiatement des produits similaires, de telle sorte que la condition d'acquisition de la clientèle n'était en l'espèce pas remplie<sup>343</sup>.

### E. Calcul de l'indemnité<sup>344</sup>

125. Nous avons déploré à plusieurs reprises lors de nos précédents examens la très grande diversité, voire disparité, du mode de calcul de l'indemnité pour plus-value notable de clientèle. C'est donc avec satisfaction que nous avons constaté une certaine harmonisation de cette base de calcul au cours de la période examinée. Nous avons ainsi relevé des décisions fixant l'indemnité de clientèle à:

- 10% du bénéfice brut (cumulé) réalisé par le concessionnaire pendant les 3 dernières années<sup>345</sup>;
- 6 mois de bénéfice brut moyen calculé par référence aux trois dernières années de la concession<sup>346</sup>;
- 1 an de bénéfice brut moyen calculé par référence aux trois dernières années de la concession<sup>347</sup>;
- 1 an de bénéfice net moyen calculé par référence aux deux dernières années de la concession<sup>348</sup>, en ce compris la période de préavis, pour autant que l'exploitation de la concession n'y ait pas été rendue plus difficile par le concédant<sup>349</sup>;
- 2 ans de bénéfice net moyen calculé par référence aux cinq dernières années de la concession<sup>350</sup>.

126. On constate que les références de prédilection des juridictions sont donc désormais le bénéfice brut et le bénéfice net (lesquels sont évidemment encore très différents), et que les évaluations de l'indemnité de clientèle sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires voire *ex aequo et bono* semblent devenir plus rares qu'auparavant.

127. Lorsqu'elles prennent en considération le bénéfice brut, les juridictions de fond le justifient toujours par la même motivation, devenue classique: "*La clientèle est un actif dont la valeur est fonction de son aptitude à produire des bénéfices. Il convient dès lors de tenir compte, pour le calcul de cette indemnité, du bénéfice brut que cette clientèle a engendré.*"<sup>351</sup>.

Cette prise en considération du bénéfice brut comme base de calcul de l'indemnité de clientèle vient de faire l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2008<sup>352</sup>. La Cour a décidé qu'en considérant que "*la clientèle est un actif dont la valeur est fonction de son aptitude à produire des bénéfices*" de telle sorte "*qu'il convient de tenir compte du bénéfice brut que cette clientèle a engendré*", l'arrêt attaqué "*répond, en les contredisant, aux conclusions de la demanderesse qui soutenait que l'indemnité de clientèle ne peut être calculée sur la base du bénéfice passé du concessionnaire mais doit l'être sur celle du bénéfice futur du concédant, sauf à constater que seule la première méthode est possible en l'espèce, et justifie légalement sa décision*".

La Cour a ainsi incontestablement validé la méthode de calcul de l'indemnité pour plus-value de clientèle par référence au bénéfice brut du concessionnaire évincé. Cela ne signifie pas que seule cette méthode devra être utilisée pour déterminer cette indemnité puisque, tout comme pour l'indemnité compensatoire de préavis, l'équité guide le juge, ce qui s'oppose à toute exclusion ou limitation des critères présidant à la détermination de l'indemnité. Il reste qu'en approuvant la méthode fondée sur le bénéfice brut du concessionnaire, la Cour de cassation a décerné à celle-ci un brevet de sécurité juridique qui lui faisait jusque là défaut.

128. Dans son arrêt du 18 octobre 2007, la cour d'appel de Bruxelles a précisé qu'il y avait lieu d'exclure de l'indemnité calculée sur la base du bénéfice brut réalisé par le concessionnaire la participation du concédant aux frais publicitaires et les frais de garantie du concessionnaire relatifs aux produits qu'il avait vendus avant la fin des relations et qu'il ne devrait plus supporter<sup>353</sup>. Pareille exclusion ne semble pas justifiée de façon générale. En effet, à la différence de l'indemnité compensatoire de préavis qui est généralement calculée par référence au bénéfice semi-brut (ou semi-net), donc après déduction de frais dont le concessionnaire fera l'économie après la fin du contrat, l'indemnité pour plus-

<sup>343</sup>. Bruxelles 25 mars 2005, *R.D.C.* 2007, p. 985.

<sup>344</sup>. Sur le calcul des indemnités dues en vertu de la loi de 1961, voy. l'étude fort complète de M. CALUWAERTS, "La détermination des indemnités en cas de rupture unilatérale d'une concession de vente", *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 2003, pp. 445 et s.

<sup>345</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; *J.T.* 2003, p. 734; Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82.

<sup>346</sup>. Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>347</sup>. Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

<sup>348</sup>. Gand 27 juin 2005, *NjW* 2006, p. 416.

<sup>349</sup>. Bruxelles 7 mai 2003, *R.D.C.* 2004, p. 582.

<sup>350</sup>. Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169; *RABG* 2004, p. 1308.

<sup>351</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>352</sup>. Cass. 20 juin 2008, *R.D.C.* 2009, p. 259, avec note P. HOLLANDER.

<sup>353</sup>. Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

value de clientèle n'a pas pour objet de remplacer les avantages d'un préavis inexistant ou insuffisant mais de payer au concessionnaire la valeur économique d'un actif dont le concédant va s'enrichir. Cette valeur n'est pas affectée par les frais dont le concessionnaire va faire l'économie ni par celle des frais publicitaires qui ont éventuellement été exposés par le concédant.

### Section 3. L'indemnité pour frais

**129.** L'article 3, 2° de la loi prévoit que le concessionnaire peut être indemnisé des frais exposés par lui en vue de l'exploitation de la concession et qui profiteraient au concédant après l'expiration du contrat.

**130.** Il y a lieu de bien distinguer les frais indemnisables à ce titre de ceux qui ont été exposés par le concessionnaire en vue d'exploiter la concession mais qui ne profiteront nullement au concédant après la fin du contrat. En effet, ces derniers, s'ils sont incompressibles, seront normalement indemnisés dans le cadre de la juste indemnité payable en vertu de l'article 2 de la loi.

La cour d'appel de Bruxelles a ainsi refusé d'octroyer au titre de l'article 3, 2° de la loi le remboursement de matériel informatique et d'équipements que le concessionnaire avait dû acheter dans le cadre et en vue de l'exploitation de la concession et dont il n'avait plus l'usage après la fin du contrat, après avoir relevé que le concédant n'en retirerait aucun avantage<sup>354</sup>. S'agissant de ces derniers, on peut se demander si le concessionnaire ne s'est pas trompé de voie en les considérant comme des frais indemnisables en vertu de l'article 3, 2° de la loi, alors que de tels frais d'équipements auraient pu être inclus dans les frais incompressibles, à concurrence de leur quotité non amortie au moment de la fin de la concession, et pour autant bien sûr qu'il eût été démontré que le concessionnaire n'en avait plus l'usage.

**131.** C'est typiquement les frais de publicité exposés par le concessionnaire dont l'indemnisation est demandée au titre de l'article 3, 2°. La jurisprudence estime que de tels frais peuvent être indemnisables à ce titre pour autant qu'ils n'aient pas été exposés trop longtemps avant la fin des relations, l'effet de dépenses promotionnelles ou publicitaires étant relativement passager. C'est ainsi que la cour d'appel d'Anvers a refusé, dans son arrêt du 28 juin 2004<sup>355</sup>, de prendre en considération au titre de frais indemnisables sur pied de l'article 3, 2° la réalisation d'un film promotionnel pour les produits de la concession effectuée quatre ans avant la fin du contrat ou des frais de publicité exposés trois ans avant la fin du contrat.

**132.** La Cour de cassation vient de consacrer, par son arrêt

du 20 juin 2008<sup>356</sup>, le caractère indemnisable, au titre de l'article 3, 2° de la loi, des frais de service après-vente qu'un concessionnaire avait exposés en vue de l'exploitation de la concession, dont la cour d'appel avait estimé dans l'arrêt déféré à la censure de la haute juridiction "*qu'il est établi que ce service a été mis en place par [le concessionnaire] pour pallier les défauts de qualité reconnus par [le concédant]*" et que les pièces du dossier démontraient que ce service après-vente "*constituait le cheval de bataille de la concession, ce dont [le concédant] a incontestablement tiré profit*".

La Cour de cassation a rejeté le moyen dirigé contre l'arrêt d'appel, en se référant à un motif tiré du jugement de première instance (que la cour d'appel avait repris à son compte) selon lequel "*les frais du service après-vente ont contribué au maintien de la réputation des produits dont bénéficiera [le concédant] après la rupture du contrat*". La cour a estimé que la décision de la cour d'appel d'allouer pour cette raison une indemnité couvrant les frais de service après-vente était légalement justifiée.

Il reste que le concessionnaire devra toujours démontrer que de tels frais de service après-vente profiteront au concédant après la fin des relations. C'est l'intensité de cette preuve que l'arrêt de la Cour de cassation nous semble toutefois avoir substantiellement réduite: il suffira désormais de démontrer que ces frais ont contribué au maintien de la réputation de la marque des produits concédés pour être indemnisables au sens de l'article 3, 2° de la loi de 1961. La question se posera toutefois toujours de déterminer l'effet dans le temps d'un tel maintien de réputation. Tout sera question d'espèce.

### Section 4. L'indemnité pour débits dus au personnel licencié

**133.** Le dernier chef d'indemnisation prévu par l'article 3, 2° de la loi du 27 juillet 1961 consiste dans les débits que le concessionnaire doit au personnel qu'il est dans l'obligation de licencier par suite de la résiliation de la concession de vente.

On peut donc en déduire que cet article pose trois conditions à l'indemnisation de ces débits: il faut (1) qu'il y ait eu licenciement de personnel, (2) que ce licenciement donne lieu au paiement d'une indemnité de dédit (et non pas simplement à l'exécution d'un préavis) et (3) que ce licenciement soit en relation causale avec la fin de la concession (ce qui implique de démontrer que la personne licenciée était bien occupée dans des fonctions en rapport avec la concession).

**134.** Les décisions en la matière étant assez rares, on relèvera particulièrement l'arrêt du 27 février 2003 de la cour

<sup>354</sup>. Bruxelles 1<sup>er</sup> avril 2003, *R.D.C.* 2004, p. 569.

<sup>355</sup>. Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169; *RABG* 2004, p. 1308.

<sup>356</sup>. Cass. 20 juin 2008, *R.D.C.* 2009, p. 259, avec note P. HOLLANDER.

d'appel de Bruxelles qui y a consacré de longs développements<sup>357</sup>.

La cour a ainsi souligné que c'est au concessionnaire qu'il appartient de rapporter la preuve du lien entre la fin de la concession et le licenciement concerné. A ce sujet, elle a admis que le fait qu'un employé que le concessionnaire avait dû licencier en raison de la fin de la concession et à qui il avait payé des indemnités de rupture et cotisations sociales soit ensuite réembauché par le concessionnaire à des conditions différentes ne s'opposait pas à l'indemnisation des débits payés à l'occasion de ce licenciement.

La cour d'appel a également considéré que la preuve du lien de causalité était rapportée même si un délai de quelques mois séparait la réception de la notification du préavis de fin de concession de la notification du préavis aux employés licenciés, dès lors que ce délai de réaction était justifié par des circonstances objectives, soit en l'espèce l'existence de négociations entre les parties en vue d'une collaboration future après l'expiration du préavis. Elle a dès lors rejeté la prétention du concédant qui entendait à tout le moins déduire des indemnités de dédit un montant correspondant au nombre de mois pendant lesquels les contrats d'emploi avaient été maintenus après la notification du préavis de fin de concession.

Dans le même sens, la cour d'appel de Liège a estimé, dans un arrêt du 30 novembre 2004<sup>358</sup>, qu'"il peut être admis qu'un concessionnaire qui désire retrouver une ou plusieurs concessions équivalentes et espère pouvoir poursuivre l'exploitation de son entreprise, ne licencie pas le personnel nécessaire à la poursuite de cette exploitation avant de devoir constater l'impossibilité d'une telle reconversion". En l'espèce, la cour a cependant constaté que le concessionnaire avait lui-même admis qu'il lui était pratiquement impossible "d'introduire de nouveaux instruments concurrents des instruments qu'elle avait représentés pendant près de 63 ans auprès de sa clientèle", de telle sorte qu'il n'était pas justifié de retarder le licenciement du personnel concerné.

**135.** Sur le plan des principes, ce même arrêt avait jugé que la constatation faite par l'expert que "la perte de cette concession a participé à la dégradation progressive des résultats de l'entreprise sans en être toutefois le facteur déterminant...ne suffit pas pour qu'il puisse être soutenu qu'il existe un lien de causalité certain entre la résiliation de la concession et le licenciement du personnel qui interviendra dans le cadre de la liquidation".

<sup>357</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>358</sup>. Liège 30 novembre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 966.

<sup>359</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; *J.T.* 2003, p. 734.

<sup>360</sup>. Bruxelles 6 mai 2004, *R.D.C.* 2005, p. 72.

<sup>361</sup>. Bruxelles 6 mai 2004, *R.D.C.* 2005, p. 72.

**136.** S'agissant du calcul de l'indemnité pouvant revenir de ce chef au concessionnaire, la cour d'appel de Bruxelles a, dans son même arrêt du 27 février 2003, estimé d'une part que les allocations patronales de prépension qui devraient être payées dans le futur à un employé licencié pouvaient être prises en considération, pour autant qu'il soit démontré qu'elles seraient bien dues, et d'autre part, qu'il y avait lieu de déduire de l'indemnité visée à l'article 3, 3° de la loi la part de l'indemnité de licenciement des employés qui aurait été prise en compte à titre de frais incompressibles dans le montant dû à titre d'indemnité compensatoire de préavis<sup>359</sup>.

Dans le même sens, la cour d'appel de Bruxelles a décidé, dans son arrêt du 6 mai 2004, que "*seules les indemnités compensatoires de préavis peuvent être indemnisées en application de l'article 3, 3° de la loi du 27 juillet 1961, alors que les rémunérations payées à l'occasion d'une prestation de préavis entrent dans les frais incompressibles inclus dans l'indemnité prévue par l'article 2 de la loi*"<sup>360</sup>.

**137.** Ce même arrêt a rejeté, selon nous à bon droit, la thèse du concédant qui estimait que seules les indemnités effectivement payées au personnel licencié étaient indemnisables. Selon la cour, "*l'article 3, 3° de la loi du 27 juillet 1961 ne subordonne pas le droit à une indemnité complémentaire au 'paiement effectif' des indemnités de débits, mais à ce que 'doit' le concessionnaire. Suivre la thèse [du concédant] reviendrait à préjudicier les concessionnaires dont la trésorerie, mise en péril par la rupture unilatérale du contrat de concession, ne serait pas suffisante pour faire face au paiement immédiat des indemnités de dédit*".

## Section 5. Autres indemnités

**138.** Il est généralement admis que la loi du 27 juillet 1961 ne permet pas de demander d'autres indemnités que celles qui y sont limitativement énoncées. Ceci n'implique cependant pas que le concessionnaire, voire le concédant, lésé lors de la fin d'une concession de vente ne puisse pas réclamer d'autres indemnités, mais sur une base juridique différente, et en démontrant alors à chaque fois l'existence d'une faute ou d'un manquement contractuel, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux.

Ce principe a été rappelé par la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 6 mai 2004<sup>361</sup>, dans lequel la cour a jugé que "*la loi n'exclut pas que le concessionnaire puisse demander la réparation d'une faute commise par le concédant au cours de contrat*".

Une application de ce principe peut être trouvée dans une affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 22 décembre 2005 de la Cour de cassation, dans laquelle le concessionnaire avait réclamé d'autres indemnités, en l'espèce une indemnité pour commandes non exécutées et une indemnité relative à l'immobilisation du capital investi dans le stock et la perte de bénéfice sur stock<sup>362</sup>. Sans se prononcer sur le bien-fondé de ces demandes d'indemnités, la Cour a censuré l'arrêt d'appel qui s'était déclaré sans juridiction à en connaître au motif qu'il s'agissait, selon celle-ci, de demandes résultant non pas du contrat de concession de vente mais des opérations d'achat-vente intervenues dans le cadre de la concession, qui étaient soumises à la clause d'élection de for contenue dans les conditions de vente du concédant. Nous examinerons plus en détail l'arrêt dans le chapitre traitant de la compétence internationale des tribunaux belges<sup>363</sup>.

Observons à ce stade que, se fondant sur la définition légale de la concession de vente contenue dans l'article 1<sup>er</sup> § 2 de la loi du 27 juillet 1961, la Cour a considéré, à propos de la demande d'indemnité pour commandes non exécutées, que *“l'obligation du concédant de fournir au concessionnaire les produits faisant l'objet de la concession résulte directement de cette concession et en constitue un élément essentiel en tant que corollaire du droit de vendre ces produits”* et, à propos de la demande d'indemnité pour immobilisation de capi-

tal et perte de bénéfice sur stock, que *“l'obligation du concédant de fournir au concessionnaire les produits faisant l'objet de la concession implique pour le concessionnaire l'obligation corrélative de vendre ces produits afin de réaliser l'objectif de la concession; que lorsque ceci implique la constitution d'un stock par le concessionnaire, les droits qui en découlent résultent de la concession elle-même”*.

Même si le pourvoi dont elle était saisie concernait le déclinaire de juridiction accepté par la cour d'appel, il faut constater que la Cour de cassation a expressément admis que la définition légale de la concession dans la loi de 1961 engendre des obligations spécifiques dans le chef des parties, autres que celles contenues dans les articles 2, 3 ou 3bis de la loi, dont elles peuvent demander l'exécution ou la réparation en cas d'inexécution.

**139.** Par ailleurs, un arrêt de la cour d'appel de Liège du 12 juin 2006<sup>364</sup> a autorisé la capitalisation des intérêts sur les montants des indemnités qu'elle allouait au concessionnaire, rappelant que *“la dette principale faisant l'objet de la capitalisation ne doit pas nécessairement être liquide, de sorte que le créancier peut réclamer et obtenir l'anatocisme avant même que le juge ait déterminé le montant exact de sa créance”*<sup>365</sup>.

## CHAPITRE IX. LE STOCK ET L'OUTILLAGE

### Section 1. Dans le silence du contrat

**140.** Rappelons que, par un arrêt du 31 octobre 1997, la Cour de cassation a jugé que: *“Ne viole ni le principe d'exécution de bonne foi ni les dispositions de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, l'arrêt qui décide qu'à la fin d'une telle concession, dont la convention ne comporte aucune clause relative à l'affectation du stock, le stock constitué par le concessionnaire est repris par le concédant”*<sup>366</sup>. Cet arrêt avait donc mis fin à la controverse relative au fondement légal de l'obligation généralement acceptée faite au concédant de reprendre le stock en fin de contrat lorsque le contrat ne contient aucune disposition particulière sur ce point.

**141.** La jurisprudence continue à apporter certains tempéra-

ments<sup>367</sup> à cette obligation. L'un de ces tempéraments est que seul le stock non obsolète, présentant encore une certaine valeur ou utilité, doit être repris<sup>368</sup>.

**142.** Pour le tribunal de commerce de Liège, *“pareille obligation de reprise ne doit pas être exécutée lorsque le contrat de concession est licitement dénoncé pour motifs graves par le concédant”*<sup>369</sup>. Le tribunal y assimile l'hypothèse où c'est le concessionnaire qui met fin à la concession sans préavis, estimant que *“si le principe de bonne foi des conventions implique que, en principe, le concédant est tenu de reprendre le stock à la fin de la concession, celui-ci est en droit, lorsque la rupture est imputable au concessionnaire (que ce soit en raison de cette faute grave ou que l'initiative de la rupture sans préavis intervienne de sa part) d'invoquer l'exception d'inexécution et de ne pas reprendre le stock”*. Nous ne sommes pas convaincus qu'il faille, pour justifier cette position,

<sup>362</sup> Cass. 22 décembre 2005, *Pas.* 2005, I, p. 2587; *Revue@dipr.be* 2007/3, 28.

<sup>363</sup> *Voy. infra*, n° 157.

<sup>364</sup> Liège 12 juin 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1211; *R.D.C.* 2007, p. 1013.

<sup>365</sup> L'arrêt cite J.-F. ROMAIN et E. PLASSCHAERT, “L'inexécution des obligations contractuelles”, *Commentaire pratique*, Obligations, II, 1.6.36, pt. 2.176.

<sup>366</sup> Cass. 31 octobre 1997, *Pas.* 1997, I, p. 1105; *R.D.C.* 1998, p. 228; *R.W.* 1998-99, p. 1306 et note S. DENOO.

<sup>367</sup> *Voy. Examen* 2003, n°s 119 et s.

<sup>368</sup> *Comm. Hasselt* 28 janvier 1997, *R.W.* 1999-2000, p. 262; *Comm. Hasselt* 8 novembre 1999, *inédit*, R.G. 00978/97; Liège 29 mai 2001, *R.R.D.* 2001, p. 310; Gand 12 avril 2000, *inédit*, R.G. 1065/97.

<sup>369</sup> *Comm. Liège* 16 avril 2004, *DAOR* 2004, p. 29 et les références citées.

recourir à la notion d'exception d'inexécution. Si le fondement de l'obligation du concédant de reprendre le stock en fin de contrat repose sur la bonne foi, il nous semble qu'il suffit de constater que, dans une telle hypothèse de résiliation du contrat pour faute grave du concessionnaire ou à son initiative, la bonne foi ne peut impliquer que, dans ce cas, le concédant soit toujours tenu de reprendre le stock.

**143.** La solution inverse a été consacrée par la cour d'appel de Liège dans un arrêt du 15 juin 2004<sup>370</sup>, aux termes duquel la cour, après avoir rappelé que l'exécution de bonne foi des conventions impose au concessionnaire de reprendre le stock en fin de contrat, estime que *"le fait que la fin du contrat soit la conséquence de l'application par [le concédant] d'un pacte commissaire exprès n'y change rien"*. La même solution avait été retenue par un arrêt de la cour d'appel de Gand du 12 avril 2000<sup>371</sup> auquel nous avons fait allusion dans notre précédent examen<sup>372</sup>.

**144.** Dans la mesure où l'obligation faite au concédant de reprendre le stock encore en possession du concessionnaire en fin de contrat découle du principe d'exécution de bonne foi des conventions et non de la loi du 27 juillet 1961, il est logique que cette obligation puisse être mise à charge du fabricant même si l'existence même d'une concession de vente n'a pas été retenue<sup>373</sup>. En l'espèce, la cour d'appel de Liège justifia sa décision par le fait que la constitution par le distributeur d'un stock permettant de répondre rapidement à la demande de la clientèle intéressée dans différents pays européens était, en raison de son éloignement géographique, un élément essentiel pour le fabricant (japonais). Tout en ordonnant une mesure d'instruction, la cour énonça déjà que, en n'ayant pas réservé de suite à la demande qui lui avait été faite par le concédant d'obtenir un listing de son stock, le concessionnaire avait manqué à son obligation de limiter son dommage et devrait donc subir les conséquences de la dépréciation éventuelle de ce stock depuis cette demande.

## Section 2. En présence d'une disposition contractuelle régissant la question

**145.** Nous avons déjà précédemment rappelé que, lorsque le contrat conclu par les parties règle le sort du stock en fin de concession, les cours et tribunaux continuent à donner pleine application aux dispositions contractuelles, en vertu des

principes de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi contenus dans l'article 1134 du Code civil.

La cour d'appel de Liège a fait application de cette règle dans un arrêt du 18 décembre 2003<sup>374</sup>, en rejetant la demande de reprise du stock introduite par le concessionnaire en dehors du délai prévu dans la convention.

Dans un arrêt du 12 juin 2006<sup>375</sup>, la même cour d'appel a validé une clause stipulant que *"la rupture du contrat, quel qu'en soit le motif, ou son non-renouvellement à l'échéance, n'entraînera pour le concédant aucune obligation de rachat de véhicules ou de pièces de rechange qui seraient encore en stock chez le concessionnaire"* et ce *"même si l'existence d'un lien de causalité entre la rupture fautive de la concession et la moins-value enregistrée à l'occasion de la réalisation du stock est certaine"*. Par contre, en l'espèce, la cour a considéré que le concédant, en faisant pratiquer une saisie conservatoire sur ce stock, a empêché son concessionnaire de le réaliser et l'a *"véritablement étranglé"*. La cour considéra que, ce faisant, le concédant *"a manqué à la bonne foi et a aggravé le sort de son débiteur"*. Constatant cependant que, dans le même temps, le concessionnaire s'était désintéressé du sort de ce stock, ne formulant pour la première fois une demande de reprise que 3 ans après la rupture des relations contractuelles, la cour estima que les responsabilités quant à la mévente de ce stock étaient partagées par moitié. Elle évalua ensuite le dommage de façon forfaitaire compte tenu de la déperdition des preuves liée au temps écoulé et de l'absence d'évaluation contradictoire du stock ou de demande d'instruction introduite en temps utile<sup>376</sup>.

Cette réserve de la bonne foi a encore été invoquée par la même cour dans un arrêt du 21 septembre 2006<sup>377</sup>, dans lequel la cour considéra comme recevable une demande de reprise de stock introduite hors délai par le concessionnaire pour le motif qu'il fallait considérer que ce délai avait été suspendu pendant une période transitoire d'un mois et demi aménagée par les parties pour une poursuite temporaire d'activités. La cour ajouta que c'était au concédant de prouver que les pièces se trouvant dans le listing établi par le concessionnaire ne rentraient pas dans les conditions de reprise du contrat, de prouver quelles sont les pièces qui n'avaient pas été payées et dont il était resté propriétaire et de contester en temps utile la teneur de la réclamation formulée par le concessionnaire. De façon plus générale, la cour énonça que, dès lors que la demande de reprise avait été formulée, il appartenait au concédant de prendre toutes les mesures con-

<sup>370.</sup> Liège 15 juin 2004, *R.D.C.* 2005, p. 945.

<sup>371.</sup> Gand 12 avril 2000, *inédit*, R.G. 1065/97.

<sup>372.</sup> Examen 2003, n° 120.

<sup>373.</sup> Liège 2 novembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1223.

<sup>374.</sup> Liège 18 décembre 2003, *J.L.M.B.* 2004, p. 33 et *R.D.C.* 2005, p. 50.

<sup>375.</sup> Liège 12 juin 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1211; *R.D.C.* 2007, p. 1013.

<sup>376.</sup> Sur cet arrêt, voy. également P. KILESTE et C. STAUDI, "De la reprise des stocks en fin de contrat de concession de vente" (note sous Liège 21 septembre 2006), *J.L.M.B.* 2007, p. 1216.

<sup>377.</sup> Liège 21 septembre 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 1216.

servatoires ou de préservation utiles et que celui-ci ne pouvait donc reprocher au concessionnaire de n'avoir pas cher-

ché à limiter son dommage en procédant lui-même à la réalisation de ce stock.

## CHAPITRE X. CARACTÈRE IMPÉRATIF DE LA LOI

**146.** Le caractère impératif de la loi est expressément consacré par son article 6. Son caractère de loi d'application immédiate résulte tout aussi expressément de l'article 4 dont le deuxième alinéa fait obligation au juge belge, saisi par un concessionnaire lésé lors de la résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, d'appliquer exclusivement le droit belge.

Un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2008 confirme que cette dernière disposition doit recevoir une application restrictive, en ce sens qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux litiges relatifs à la résiliation d'une concession de vente<sup>378</sup>.

Dans l'affaire soumise à la Cour, un concessionnaire belge prétendait que le contrat de concession de vente, soumis par la volonté des parties au droit suisse, avait été repris par un nouveau concédant contre lequel il avait dirigé son action. Celui-ci, se fondant sur une disposition légale suisse exigeant que la cession du contrat soit constatée par écrit, invo-

quait l'absence d'un tel écrit pour conclure au non-fondement de la demande dirigée contre lui, argument retenu par les juges d'appel. A l'appui de son pourvoi en cassation, le concessionnaire belge soutenait que le juge du fond aurait dû appliquer le droit belge conformément à l'article 4 de la loi de 1961 et à l'article 7 § 2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980<sup>379</sup>. La Cour rejeta le pourvoi en soulignant que *“la loi du 27 juillet 1961 (...) ne contient aucune disposition réglant la cession d'une concession de vente exclusive. L'obligation d'appliquer exclusivement le droit belge dans le cas prévu par l'article 4 de cette loi ne concerne que le règlement de la résiliation unilatérale de la concession de vente et pas l'appréciation des effets de ce contrat ou de la validité de sa cession, de sorte que la loi précitée du 27 juillet 1961 ne peut faire obstacle à l'application de la loi choisie par les parties pour régler la cession de la concession de vente exclusive”*<sup>380</sup>.

## CHAPITRE XI. CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DE LA LOI

### Section 1. Concession produisant ses effets en Belgique et à l'étranger

**147.** La question de l'application éventuelle de la loi de 1961 à la partie *“étrangère”* d'une concession produisant ses effets en Belgique et dans d'autres pays a reçu une réponse négative de la cour d'appel de Bruxelles qui a jugé, dans un arrêt du 18 octobre 2007, qu'il fallait exclure de la base de calcul de l'indemnité de clientèle les résultats afférents au Grand-duché de Luxembourg ou tout autre pays que la Belgique, *“la loi du 27 juillet 1961 n'ayant pas vocation à s'appliquer à une situation étrangère au territoire belge”*<sup>381</sup>. La cour d'appel de Liège a statué dans le même sens dans un arrêt du 4 mai 2006 dans lequel elle a jugé que *“lorsque la concession porte sur un territoire s'étendant au-delà des frontières nationales, seules les activités menées en Belgique rentrent en ligne de compte dans le cadre de la détermination des indemnités dues en vertu de la loi belge”*<sup>382</sup>.

Ces décisions s'inscrivent donc dans une jurisprudence

désormais traditionnelle. On peut toutefois se demander si certaines nuances ne devraient pas y être apportées, spécialement lorsqu'il apparaît que l'activité étrangère est déployée au départ d'une structure commerciale et administrative établie en Belgique et que cette activité grève donc celle-ci de frais variables qui vont diminuer les indemnités accordées au concessionnaire sur base de son bénéfice semi-brut (voy. *supra*). S'il n'est pas tenu compte des résultats étrangers de la concession dans la fixation des indemnités, l'équité nous paraît alors commander à tout le moins de neutraliser également les frais variables générés par cette activité étrangère qui pourraient obérer les résultats *“belges”* de la concession.

En sens inverse des décisions citées ci-dessus, relevons un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 28 juin 2004<sup>383</sup>, dans lequel la cour a pris en considération les résultats de la concession au Grand-duché de Luxembourg pour déterminer le montant de l'indemnité complémentaire accordée en application de l'article 3 de la loi et a considéré, s'agissant de

<sup>378</sup> Cass. 28 février 2008, n° C.07.0076.N.

<sup>379</sup> Aux termes duquel *“Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat.”*

<sup>380</sup> Cass. 28 février 2008, C.07.0076.N.

<sup>381</sup> Bruxelles 18 octobre 2007, *DAOR* 2008, p. 129.

<sup>382</sup> Liège 4 mai 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 491 avec obs. de P. KILESTE et C. STAUDT.

<sup>383</sup> Anvers 28 juin 2004, *R.D.C.* 2007, p. 169.

l'indemnité prévue par l'article 2, qu'il n'y avait pas lieu en équité de l'allouer, compte tenu du préavis de 2 mois et demi accordé pour la partie luxembourgeoise de la concession qui n'avait duré qu'un an. Ce faisant, la cour a statué manifestement en application de la loi de 1961. La cour avait cependant noté que le concédant avait admis l'application de cette loi (sans qu'il ressorte clairement de l'arrêt si cette reconnaissance concernait la partie belge de la concession ou la concession dans son intégralité).

Par ailleurs, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 27 septembre 2005<sup>384</sup> a rejeté la prise en compte des résultats luxembourgeois d'une concession de vente, non pas en se fondant sur le champ d'application territorial de la loi de 1961, mais en raison du fait que la concession y était exploitée par une autre personne morale que le concessionnaire et que celui-ci ne démontrait pas qu'il s'était vu réserver des droits spéciaux afférents à ce territoire. Ce deuxième motif, manifestement surabondant, indique que la cour a en réalité appliqué la loi de 1961, et en particulier la notion de réservation de droits spéciaux que celle-ci implique, pour rejeter la demande d'indemnisation afférente à la partie luxembourgeoise de la concession.

## Section 2. Concession produisant ses effets exclusivement à l'étranger

**148.** La question de l'application de la loi du 27 juillet 1961 à une concession entièrement exécutée en dehors du territoire belge, lorsque les parties ont conventionnellement désigné le droit belge, un temps controversée, semblait avoir été définitivement tranchée par la négative<sup>385</sup>. Nous avons cependant relevé dans notre précédent examen de jurisprudence quelques décisions allant à l'encontre de l'opinion largement prédominante qui considérait que le choix par les parties du droit belge pour régir un contrat de concession de vente produisant ses effets exclusivement à l'étranger n'impliquait pas l'application de la loi de 1961, sauf en cas de désignation expresse de celle-ci par les parties<sup>386</sup>. L'analyse des décisions publiées pendant la période couverte par

le présent examen montre que la résistance de certaines juridictions appartient désormais manifestement au passé.

**149.** Plusieurs décisions de juridictions de fond ont ainsi confirmé l'opinion majoritaire selon laquelle la loi de 1961 ne s'applique pas à une concession exécutée à l'étranger sauf stipulation expresse en ce sens, en soulignant le caractère autolimité de la loi<sup>387</sup>.

Dans un arrêt du 28 février 2005, la cour d'appel de Gand a ainsi conclu à la non application de la loi de 1961 après avoir constaté que la stipulation expresse du droit belge par les parties ne désignait pas avec certitude la loi de 1961, notamment au motif que plusieurs des dispositions du contrat (notamment relatives à sa durée, sa résiliation et les conséquences de celle-ci) paraissaient incompatibles avec les dispositions de cette loi<sup>388</sup>. Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation qui a été rejeté par l'arrêt du 6 avril 2006 que nous commenterons de manière plus détaillée au numéro suivant.

On relèvera également un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 27 avril 2004 qui a rejeté l'application de la loi de 1961 à un contrat désignant le droit belge après avoir souligné que le simple fait que le concessionnaire avait son siège social en Belgique ne suffisait pas à rendre cette loi applicable à la concession accordée pour les pays scandinaves<sup>389</sup>. Cette décision doit être approuvée, car la localisation en Belgique du siège du concessionnaire n'est pas un facteur de rattachement de la concession à la loi de 1961, contrairement à ce qui est prévu par exemple dans la loi sur le contrat d'agence commerciale<sup>390</sup>.

Les seules décisions en sens contraire que nous avons recensées sont deux arrêts de la cour d'appel de Liège. Selon l'arrêt du 18 décembre 2003<sup>391</sup>, "*la loi belge étant applicable au contrat, [le] préjudice doit être établi sur base des critères dégagés par la loi du 27 juillet 1961*". Outre l'ambiguïté de cette motivation (la cour n'affirmant pas que la loi de 1961 s'applique mais que le préjudice doit être établi sur base de ses critères), la lecture de l'arrêt laisse incertaine la question de savoir si les parties avaient débattu de l'application ou non de la loi de 1961<sup>392</sup>. La question de son applica-

<sup>384</sup>. Bruxelles 27 septembre 2005, *R.D.C.* 2007, p. 1002.

<sup>385</sup>. Examen 1998, n° 106.

<sup>386</sup>. Examen 2003, n° 132.

<sup>387</sup>. Bruxelles 30 janvier 2004, *R.D.C.* 2005, p. 55 et *R.D.C.* 2007, p. 969; Liège 4 mai 2006, *J.L.M.B.* 2007, p. 491 avec obs. de P. KILESTE et C. STAUDT; Liège 17 décembre 2007, *J.L.M.B.* 2008, p. 1609 avec obs. de P. KILESTE et C. STAUDT.

<sup>388</sup>. Gand 28 février 2005, *R.D.C.* 2007, p. 176.

<sup>389</sup>. Bruxelles 27 avril 2004, *R.D.C.* 2007, p. 973.

<sup>390</sup>. Selon l'art. 27 de la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale, "*sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie, toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges*". L'agent commercial établi en Belgique mais dont le marché de prospection se situe en dehors de la Belgique pourra donc revendiquer l'application de la loi de 1995. En sens contraire, celle-ci n'a pas vocation à s'appliquer à un contrat conclu avec un agent établi en dehors du territoire belge, dont le territoire de prospection est étranger à la Belgique, et ce même si les parties soumettent le contrat au droit belge, pareille soumission devant alors s'interpréter, à l'instar de ce qui se fait en matière de concession de vente, comme renvoyant au droit commun, sauf si la loi de 1995 a été expressément désignée.

<sup>391</sup>. Liège 18 décembre 2003, *R.D.C.* 2005, p. 50.

<sup>392</sup>. On observera que le sommaire de la décision tel qu'il fut publié dans cette revue est quelque peu trompeur, la cour d'appel ne paraissant pas avoir décidé, contrairement à ce qu'il indique, que la loi de 1961 s'appliquait à une concession exécutée entièrement en Allemagne.

tion à une concession exécutée à l'étranger ne ressortissant pas à l'ordre public, la cour d'appel n'était donc pas tenue de la soulever d'office.

Le second arrêt liégeois appliquant la loi de 1961 à une concession exécutée entièrement à l'étranger a été rendu le 27 avril 2006<sup>393</sup>. La cour y reconnut cependant expressément que l'applicabilité de la loi de 1961 était discutable dès lors que le contrat produisait ses effets à l'étranger. Elle poursuivit en examinant si les relations entre les parties pouvaient être qualifiées de concession de vente au sens de la loi de 1961 et conclut par la négative, ce qui peut peut-être expliquer que la cour ait, malgré sa reconnaissance du caractère discutable de l'applicabilité de la loi, poursuivi son raisonnement, en quelque sorte, à titre subsidiaire, en y ayant égard. Compte tenu de leur particularité, ces deux arrêts isolés ne nous paraissent donc pas représenter une brèche dans la jurisprudence aujourd'hui quasi-unanime qui rejette l'application de la loi à une concession étrangère, sauf désignation expresse par les parties.

**150.** La question est en outre désormais clairement et définitivement tranchée par l'arrêt de principe rendu le 6 avril 2006 par la Cour de cassation<sup>394</sup> qui a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt précité de la cour d'appel de Gand du 28 février 2005.

Dans cette affaire, un concessionnaire de vente italien critiquait le refus de la cour d'appel d'appliquer la loi de 1961 à un contrat de concession de vente exclusive conclu avec un concédant belge, couvrant la distribution des produits de ce dernier en Italie et soumis expressément au droit belge.

A l'appui de son pourvoi, le concessionnaire soutenait qu'il ne ressortait nullement du texte de la loi ou de ses travaux préparatoires qu'elle avait un caractère autolimité et en déduisait que la volonté des parties de soumettre le contrat au droit belge impliquait dès lors l'application de la loi de 1961, sauf si elles l'avaient expressément exclue.

La Cour de cassation a rejeté le moyen par un attendu limpide: *"Il suit de l'ensemble de l'article 4 (...) ainsi que des travaux parlementaires de la loi du 27 juillet 1961 que lorsqu'une concession de vente produit ses effets exclusivement en dehors du territoire belge, en cas de résiliation de cette concession de vente, les dispositions impératives de la loi précitée ne sont en principe pas applicables. Les dispositions impératives de cette loi ne sont applicables en ce cas que lorsque la convention entre le concessionnaire et le concédant rend cette loi expressément applicable à la convention entre les parties. Une référence générale dans la convention de concession au droit belge comme étant le droit régissant la convention ne suffit pas pour rendre ces dispositions impératives applicables."*

On observera que la Cour exige donc une stipulation expresse de la loi de 1961 et que le choix implicite mais néanmoins certain de celle-ci ne suffira pas à la rendre applicable à une concession de vente exclusive exécutée entièrement à l'étranger.

Par la clarté de ses termes, l'arrêt nous paraît avoir mis fin une fois pour toute à toute discussion concernant l'application de la loi de 1961 à une telle concession de vente<sup>395</sup>.

## CHAPITRE XII. COMPÉTENCE TERRITORIALE

**151.** On sait que la compétence territoriale du juge belge à connaître des litiges relatifs à des questions régies par la loi du 27 juillet 1961 reçoit des réponses différentes selon que le défendeur est ou non domicilié ou établi dans un État membre de l'Union européenne (ou de l'Espace économique européen).

Si tel n'est pas le cas, la compétence territoriale du juge belge à connaître des demandes formées par le concessionnaire est déterminée par l'article 4 de la loi qui établit la compétence du juge belge du siège du concessionnaire de

vente. Cette disposition apparaît assez rarement appliquée en pratique. La raison en est probablement que l'essentiel du contentieux en matière de concession de vente concerne des concédants établis dans l'Union européenne ou dans l'E.E.E.<sup>396</sup>.

**152.** La primauté des textes internationaux (selon les cas: règlement européen n° 44/2001 dit "Bruxelles I", Convention de Lugano du 16 septembre 1988<sup>397</sup>) sur l'article 4 de la loi du 27 juillet 1961 n'est pas discutable et a été rappelée à

<sup>393</sup>. Liège 27 avril 2006, *R.D.C.* 2007, p. 182.

<sup>394</sup>. Cass. 6 avril 2006, *R.D.C.* 2007, p. 162 avec note P. VANDEPITTE et A. DE SCHOUTHEETE; *R.W.* 2006-07, p. 446 avec note D. MERTENS; *Revue@dipr.be* 2007/3, 20.

<sup>395</sup>. Dans son commentaire cité dans la note infrapaginale précédente, D. MERTENS met en doute l'analyse de la loi en tant que norme autolimitée. Nonobstant ces considérations critiques, l'auteur approuve pour d'autres raisons l'approche suivie par la Cour de cassation.

<sup>396</sup>. Une autre raison probable est la présence beaucoup plus fréquente de clauses d'arbitrage dans les contrats conclus avec des concédants plus "lointains" (p. ex. établis aux USA ou en Asie). La présence de telles clauses a continué à donner lieu à un certain contentieux sur lequel nous reviendrons dans le chapitre suivant.

<sup>397</sup>. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 est d'application entre les États membres et les pays de l'Espace économique européen, soit la Suisse, la Norvège et l'Islande.

plusieurs reprises au cours de la période couverte par le présent examen<sup>398</sup>.

**153.** Le règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002 et n'est applicable qu'aux actions judiciaires intentées après cette date. Celles introduites avant le 1<sup>er</sup> mars 2002 restent donc régies par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, comme l'ont rappelé la cour d'appel de Gand dans un arrêt du 7 mars 2005<sup>399</sup> et le tribunal de commerce de Liège dans deux jugements distincts rendus le 11 avril 2003<sup>400</sup>.

**154.** L'un et l'autre instruments internationaux prévoient (respectivement dans leurs articles 5.1., a) et 5.1.) la compétence, en matière contractuelle, du tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. C'est donc sur base de ces dispositions (dont le texte est strictement identique) que les tribunaux belges ont reconnu leur compétence internationale dans des litiges opposant un concessionnaire belge à un défendeur établi dans l'Union européenne ou l'E.E.E.<sup>401</sup>.

Alors que sous la Convention de Bruxelles, la détermination du lieu d'exécution de l'obligation en litige devait être tranchée par application du droit national applicable, l'article 5.1., b) du Règlement Bruxelles I détermine désormais de manière autonome le lieu d'exécution en matière de vente de marchandises (étant le lieu de livraison – art. 5.1., b), al. 1<sup>er</sup>) et en matière de fourniture de services (étant le lieu où les services ont été ou auraient dû être fournis – art. 5.1., b), al. 2).

Bien que le contrat-cadre de concession de vente (qui se distingue des contrats de vente conclus en application de celui-ci) puisse être analysé comme un contrat de fourniture de services<sup>402</sup>, ce qui permet de fonder la compétence des tribunaux belges à l'égard des demandes d'indemnités compensatoire de préavis et complémentaire par application de l'article 5.1., b), alinéa 2 du règlement, plusieurs décisions ont retenu la compétence du juge belge sur la base de l'article 5.1., a), en estimant que l'obligation servant de base à

l'action du concessionnaire réclamant les indemnités prévues par la loi de 1961 devait être exécutée en Belgique.

Ainsi, la cour d'appel de Gand a-t-elle décidé dans son arrêt du 2 mai 2005 que l'obligation servant de base à l'action était l'obligation de respecter un préavis raisonnable<sup>403</sup>, laquelle s'exécute en Belgique et fonde donc la compétence du juge belge à connaître de la demande de paiement de l'indemnité compensatoire, ce qui est conforme à la jurisprudence traditionnelle selon laquelle cette obligation n'est pas une obligation autonome et ne fait que se substituer à celle de respecter un préavis raisonnable. Ce principe a d'ailleurs été rappelé par la Cour de cassation dans son arrêt du 4 décembre 2003<sup>404</sup>.

En revanche, est très contestable la motivation adoptée par la même cour d'appel dans son arrêt du 5 novembre 2007 dans lequel elle qualifia d'obligation substituant le respect d'un préavis raisonnable, non seulement celle de payer une indemnité compensatoire de préavis, mais également celle de payer l'indemnité complémentaire prévue par l'article 3 de la loi<sup>405</sup>. Pareille analyse va totalement à l'encontre de la jurisprudence antérieure, en particulier de la Cour de cassation, qui a toujours opéré une distinction entre les deux indemnités en soulignant que l'obligation de payer une indemnité complémentaire était autonome et indépendante de celle de respecter un préavis raisonnable<sup>406</sup>. Soulignons que la question de l'autonomie de ces obligations pour apprécier la compétence du juge nous paraît avoir perdu de son importance dans le cadre du Règlement Bruxelles I, dès lors que le contrat de concession de vente peut s'analyser, comme nous le soutenons, comme un contrat de fourniture de services, à l'égard duquel la compétence territoriale est déterminée par le lieu de cette fourniture.

**155.** On relèvera par ailleurs une décision de la cour d'appel de Liège du 14 mars 2002 qui a refusé de localiser en Belgique l'exécution de l'obligation de respecter un préavis raisonnable dans le cadre d'une concession alléguée couvrant plusieurs pays et dont la partie belge ne représentait que 10% du chiffre d'affaires total. Selon le sommaire de l'arrêt (qui seul a été publié, l'arrêt ayant été rendu en langue allemande), l'obligation de respecter un préavis n'est exécutable

<sup>398</sup>. Voy. Comm. Liège 11 avril 2003 (en cause de *Caeymaex q.q./Honda Motor*), *DAOR* 2002, p. 414; Comm. Liège 11 avril 2003 (en cause de *Roth/Chaumet*), *DAOR* 2002, p. 408; Gand 7 mars 2005, *Revue@dipr.be* 2006/2, 60 et commentaire de P. WAUTELET, *idem*, 83; Gand 5 novembre 2007, *NjW* 2008, p. 500 et note R. STEENNOT.

<sup>399</sup>. Gand 7 mars 2005, *Revue@dipr.be* 2006/2, p. 60 et commentaire de P. WAUTELET, *idem*, p. 83.

<sup>400</sup>. Comm. Liège 11 avril 2003 (en cause de *Caeymaex q.q./Honda Motor*), *DAOR* 2002, p. 414; Comm. Liège 11 avril 2003 (en cause de *Roth/Chaumet*), *DAOR* 2002, p. 408.

<sup>401</sup>. Outre les deux décisions citées dans la note précédente, voy. Gand 2 mai 2005, *Revue@dipr.be* 2006/4, p. 64; Gand 5 novembre 2007, *NjW* 2008, p. 500 et note R. STEENNOT.

<sup>402</sup>. Voy. Examen 2003, n° 134 et les références citées à la note 493.

<sup>403</sup>. Gand 2 mai 2005, *Revue@dipr.be* 2006/4, p. 64; voy. dans le même sens: Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002, p. 408.

<sup>404</sup>. Cass. 4 décembre 2003, *Pas.* 2003, I, p. 1951; *R.D.C.* 2005, p. 24.

<sup>405</sup>. Gand 5 novembre 2007, *NjW* 2008, p. 500 et note R. STEENNOT. Selon la cour, "*De Belgische rechter bezit overeenkomstig [artikel 5.1., a) EEX-Vo] wel degelijk rechtsmacht om kennis te nemen van de vordering tot betaling van een compensatoire opzegvergoeding en een billijke bijkomende vergoeding omwille van het feit dat de verplichting tot betaling van die vergoedingen niet als een autonome verplichting wordt beschouwd, maar als een vangingsverplichting ten aanzien van de verplichting tot het geven van een redelijke opzeg wordt aanzien.*"

<sup>406</sup>. Cass. 19 janvier 1994, *Pas.* 1994, I, p. 540; Cass. 31 octobre 1997, *R.D.C.* 1998, p. 228; *R.W.* 1998-99, p. 1306 et note S. DENOO.

en Belgique que dans la mesure où le contrat est lui-même exécuté en Belgique. Se référant à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de contrat de travail, selon laquelle lorsqu'un contrat de travail est exécuté dans plusieurs pays, le lieu d'exécution de la prestation caractéristique est celui où l'employé remplit principalement ses obligations à l'égard de son employeur, la cour d'appel conclut que la Belgique n'était pas en l'espèce le lieu d'exécution de la prestation caractéristique et conclut à son incompétence internationale<sup>407</sup>.

Si la décision peut se comprendre en pratique, vu la part très modeste que représentait la partie belge de la concession, elle ne peut être approuvée sur le plan des principes. En effet, dès lors que les tribunaux belges avaient été saisis d'une demande fondée sur la loi du 27 juillet 1961 et qu'à tout le moins une partie de la concession alléguée était exécutée en Belgique, c'est bien dans ce pays qu'était localisée l'obligation servant de base à l'action (la loi belge invoquée n'étant, comme on l'a vu ci-avant<sup>408</sup>, en principe pas applicable à la partie non belge de la concession), telle que résultant de l'objet de la demande formulée dans la citation<sup>409</sup>.

En sens inverse, la cour d'appel de Gand, dans un arrêt du 2 novembre 2007, a fait siens les motifs du jugement qui lui était déféré et qui avait considéré que le juge belge était pleinement compétent à connaître d'un litige relatif à la résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans plusieurs pays<sup>410</sup>. Le tribunal et la cour ont estimé que le contrat ne tombait pas dans le champ d'application de la loi belge pour ce qui concernait les pays étrangers, mais que vu l'unicité du contrat, le litige relatif aux prestations exécutées en dehors du territoire belge présentait des liens si étroits avec la partie du litige pour laquelle le juge belge était compétent qu'il y avait connexité et qu'en conséquence, la totalité du litige devait être soumise au juge saisi. Si l'on doit regretter la confusion opérée entre le champ d'application territorial de la loi et la compétence, qui sont deux questions distinctes, le raisonnement de la cour nous paraît devoir être néanmoins approuvé, spécialement si la partie belge de la concession représentait une part prédominante de la concession.

**156.** Comme par le passé, la jurisprudence a continué à donner généralement effet aux clauses d'élection de for contenue dans des contrats de concession de vente conclus avec des concédants européens, et ce en application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles ou de l'article 23 du Règlement Bruxelles I<sup>411</sup>.

Le tribunal de commerce de Liège a été amené à statuer sur cette question dans un jugement du 11 avril 2003, à l'occasion d'un litige assez inhabituel qui opposait un concessionnaire de vente à son concédant allemand ayant repris, avec l'accord du concessionnaire, le contrat de concession initialement conclu avec un concédant belge. Le concessionnaire soutenait que lors de la conclusion du contrat, celui-ci était purement belge et qu'en conséquence le tribunal du lieu de son siège social (soit Liège) était compétent en vertu de l'article 4 de la loi de 1961. Le concédant (devenu allemand) déclina la compétence du tribunal de Liège en excipant de la clause d'élection de for en faveur du tribunal de Bruxelles contenue dans le contrat initial. Le tribunal fit droit au déclinatoire de compétence après avoir jugé que l'internationalité du litige ne s'appréciait pas seulement au moment de la conclusion du contrat mais également au moment de l'introduction de l'action. Constatant qu'à ce moment, le contrat liait une partie belge à une partie allemande, le tribunal fit application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles (applicable *ratione temporis*) et, après avoir vérifié que la clause d'élection de for répondait aux conditions formelles posées par cet article, renvoya la cause au tribunal de Bruxelles<sup>412</sup>. Il s'agit d'un cas pour le moins atypique puisque le caractère international du litige aboutit en fin de compte à un renvoi interne d'un tribunal belge vers un autre tribunal belge.

La cour d'appel de Gand a refusé pour sa part dans un arrêt du 5 novembre 2007 de donner effet à une clause d'élection de for selon elle facultative, qui permettait aux parties, mais ne les obligeait pas, de porter leur litige devant le tribunal de Luxembourg<sup>413</sup>. En l'espèce, la cour d'appel a estimé que l'utilisation du verbe "*pouvoir*" dans la clause d'élection de for (traduction de la cour: "*de geschillen kunnen voor de rechtbanken van Luxemburg gebracht worden*") ne permettait pas d'analyser celle-ci comme une désignation conventionnelle du tribunal compétent. La décision laisse perplexe, car l'article 23.1. du Règlement Bruxelles I, qui était applicable, dispose que si les parties sont convenues d'un tribunal d'un Etat membre pour connaître des différends, ce tribunal est compétent et précise que "*cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties*". Cette disposition opère donc un renversement de la preuve, puisqu'en présence d'une clause désignant un tribunal d'un Etat membre, celui-ci est présumé exclusivement compétent, sauf preuve d'une convention contraire. Apparemment, la cour d'appel a vu une telle preuve dans l'utilisation du verbe "*pouvoir*" dans la clause d'élection de for. La solution ne paraissait pas s'imposer.

<sup>407</sup>. Liège 14 mars 2002, *J.L.M.B.* 2003, p. 838 (sommaire).

<sup>408</sup>. *Voy. supra*, n° 147.

<sup>409</sup>. Sur l'appréciation de la compétence territoriale sur base de l'objet de la demande tel que formulé en citation, *voy. infra*, n° 158.

<sup>410</sup>. Gand 5 novembre 2007, *NjW* 2008, p. 500 et note R. STEENNOT.

<sup>411</sup>. *Voy. Gand* 7 mars 2005, *Revue@dipr.be* 2006/2, p. 60 et commentaire de P. WAUTELET, *idem*, p. 83.

<sup>412</sup>. *Comm. Liège* 11 avril 2003, *DAOR* 2002, p. 414.

<sup>413</sup>. *Gand* 5 novembre 2007, *NjW* 2008, p. 500 et note R. STEENNOT.

157. En revanche, les clauses d'élection de for contenues dans des conditions générales de vente sont systématiquement déclarées inapplicables au contrat-cadre de concession de vente en exécution duquel les ventes ont lieu. La cour d'appel de Gand a ainsi rappelé dans son arrêt du 2 mai 2005 qu'une telle élection de for lie les parties pour tout ce qui concerne la vente, la livraison, le paiement des produits, mais pas pour la concession de vente dont l'existence est alléguée (et contestée), laquelle ne peut être réduite à de simples opérations d'achats et de reventes<sup>414</sup>.

Cette jurisprudence, qui limite les effets de la clause d'élection de for contenue dans des conditions générales de vente aux questions directement en rapport avec les contrats de vente successifs, a été entérinée de façon extrêmement nette par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 2005<sup>415</sup>.

La demande portée devant les juges du fond était quelque peu inhabituelle puisque, outre les demandes d'indemnités prévues par les articles 2 et 3 de la loi ainsi qu'une demande classique de condamnation à la reprise du stock resté en possession du concessionnaire en fin de contrat, celui-ci réclamait également des indemnités du chef de violation de l'exclusivité, de commandes non exécutées, et d'immobilisation de capital et perte de bénéfice sur stock. Le concédant avait opposé un déclinatoire de compétence à toutes les demandes, fondé sur une clause d'élection de for dans ses conditions générales de vente, déclinatoire intégralement accueilli en première instance. La cour d'appel avait partiellement réformé le jugement entrepris en soulignant, à l'encontre de ce qu'avait décidé le premier juge, que le contrat de concession diffère des contrats d'achats-ventes auxquels il donne lieu. La cour s'était toutefois déclarée sans juridiction à l'égard des demandes tendant au paiement d'une indemnité du chef de commandes non exécutées, à la reprise des stocks et au paiement d'une indemnité du chef d'immobilisation du capital et perte de bénéfice sur stock, au motif qu'elles ne trouvaient pas leur fondement dans le contrat de concession même mais dans les achats et les ventes conclus entre les parties.

Cette partie de la décision d'appel a été censurée par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 décembre 2005. La Cour commence par relever qu'une "*concession de vente constitue une convention-cadre qui se distingue des conventions d'achat-vente successives conclues entre le concédant et le concessionnaire au cours de l'exécution de la concession et qui ne s'y identifie pas*" et, à propos de la demande d'indemnité pour commande non exécutée, que "*cela n'empêche toutefois pas que l'obligation du concédant de fournir au con-*

*cessionnaire les produits faisant l'objet de la concession résulte directement de cette concession et constitue un élément essentiel en tant que corollaire du droit de vendre ces produits*", et, à propos de la demande d'indemnité pour immobilisation de capital et perte de bénéfice sur stock, que "*l'obligation du concédant de fournir au concessionnaire les produits faisant l'objet de la concession implique pour le concessionnaire l'obligation corrélative de vendre ces produits afin de réaliser l'objectif de la concession; que lorsque ceci implique la constitution d'un stock par le concessionnaire, les droits qui en découlent résultent de la concession elle-même*".

La Cour a ensuite décidé que "*les juges d'appel ont violé l'article 1<sup>er</sup> § 2 de la loi du 27 juillet 1961*" lorsqu'ils ont constaté que les demandes ne faisaient pas partie du contrat de concession invoqué mais étaient fondées sur les achats et ventes conclues entre les parties et ont jugé qu'elles n'étaient dès lors pas soumises à la juridiction des tribunaux belges en raison de la clause de compétence figurant dans les conditions de vente du concédant.

Par cet arrêt, la Cour de cassation a donc consacré le principe d'écartement de la clause d'élection de for contenue dans des conditions générales de vente pour régir le contrat de concession de vente.

Il serait cependant excessif de lire également dans l'arrêt la consécration d'un for unique pour toutes les demandes découlant d'un contrat de concession de vente, lorsque ce contrat ne fait pas lui-même l'objet d'une clause d'élection de for. Ce for unique avait été justifié pendant de nombreuses années par la règle "*l'accessoire suit le principal*", mais cette règle avait été remise en cause par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 5 novembre 1999<sup>416</sup>. Selon nous, comme nous l'avons indiqué plus haut, un tel for unique pourrait être justifié en vertu de l'article 5.1., b), alinéa 2 du Règlement Bruxelles I, dès lors que le contrat de concession de vente peut être analysé comme un contrat de fourniture de service<sup>417</sup>.

158. On rappellera enfin que l'appréciation de la compétence territoriale doit se faire sur base de l'objet de la demande tel que décrit dans la citation et non après avoir procédé préliminairement à la qualification du contrat. Ce principe, aujourd'hui solidement ancré en jurisprudence, a été rappelé par le tribunal de commerce de Liège dans un jugement du 11 avril 2003 et par la cour d'appel de Gand dans un arrêt du 2 mai 2005<sup>418</sup>. La cour d'appel d'Anvers a toutefois procédé différemment dans un arrêt du 2 juin 2003

<sup>414</sup>. Gand 2 mai 2005, *Revue@dipr.be* 2006/4, p. 64.

<sup>415</sup>. Cass. 22 décembre 2005, *Pas.* 2005, I, p. 2587, *Revue@dipr.be* 2007/3, p. 28.

<sup>416</sup>. Voy. Examen 2003, n° 136.

<sup>417</sup>. Voy. *supra*, n° 154.

<sup>418</sup>. Comm. Liège 11 avril 2003, *DAOR* 2002, p. 408; Gand 2 mai 2005, *Revue@dipr.be* 2006/4, p. 64; voy. également l'arrêt du 29 septembre 2003 de la cour d'appel d'Anvers déféré à la Cour de cassation et ayant donné lieu à son arrêt du 22 décembre 2005, *Pas.* 2005, I, p. 2587, *Revue@dipr.be* 2007/3, p. 28, la partie de l'arrêt d'appel rappelant cette règle n'ayant pas été attaquée.

en procédant, à tort selon nous, à l'analyse préliminaire des relations entre les parties pour, après avoir estimé qu'elles ne pouvaient être qualifiées de concession de vente exclusive,

se déclarer incompétente et ce alors même que le demandeur avait visé la loi du 27 juillet 1961 dans sa citation<sup>419</sup>.

### CHAPITRE XIII. ARBITRABILITÉ DES LITIGES RELATIFS À LA RÉSILIATION DE CONTRATS DE CONCESSION DE VENTE SOUMIS À LA LOI DE 1961

159. En entamant le présent chapitre dans notre précédent examen, nous constatons que la controverse doctrinale et jurisprudentielle sur l'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation des concessions de vente soumises à la loi du 27 juillet 1961 restait vive et nous appelions de nos vœux une rapide intervention de la Cour de cassation<sup>420</sup>.

Pour rappel, cette controverse concernait la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et plus spécialement la loi au regard de laquelle, en vertu de cette convention (et donc lorsqu'elle était applicable), le juge, saisi d'un déclinatoire de juridiction fondé sur une clause d'arbitrage, devait apprécier le caractère arbitral ou non du litige.

Selon certains, cette appréciation devait se faire uniquement au regard de la loi dite d'autonomie, c'est-à-dire la loi choisie par les parties pour régir l'arbitrage. Ainsi, dans un arrêt du 28 avril 2003, la cour d'appel de Liège a adopté la thèse de l'examen de l'arbitrabilité du litige au regard de la loi d'autonomie applicable à la convention d'arbitrage<sup>421</sup>. La cour a ensuite décidé qu'"il convient à défaut pour les parties d'avoir fait choix d'une loi particulière pour ce qui est de l'arbitrage proprement dit, de se référer à la loi du fond du contrat principal que les parties ont choisie". Cette thèse fut aussi suivie par la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 30 juin 2004<sup>422</sup>, mais la cour y justifia en outre son admission du déclinatoire de juridiction par d'autres motifs sur lesquels nous reviendrons plus loin<sup>423</sup>.

Selon d'autres, cette appréciation devait se faire également

(et pour certains exclusivement) au regard de la loi du for, c'est-à-dire celle du juge saisi du déclinatoire de juridiction<sup>424</sup>. En matière de concessions de vente exclusive, la loi du for du juge belge, c'est-à-dire le droit belge, tel qu'interprété par la Cour de cassation dans son célèbre arrêt du 28 juin 1979, prévoit que des litiges relatifs à la loi du 27 juillet 1961 ne sont pas arbitrables si l'arbitrage "*a pour but et pour effet d'entraîner l'application d'une loi étrangère*"<sup>425</sup>.

Selon que les juges saisis optaient pour la première ou la seconde thèse en matière de loi de référence pour apprécier l'arbitrabilité du litige, ils se déclaraient sans juridiction à connaître de tels litiges ou rejetaient au contraire le déclinatoire de juridiction. L'insécurité juridique était à son comble, puisque le résultat d'un déclinatoire de juridiction dépendait de la position subjective prise par chaque siège dans le cadre de cette controverse<sup>426</sup>.

160. L'usage de l'imparfait pour résumer cette controverse est aujourd'hui justifié puisque la Cour de cassation a statué à deux reprises sur la question pendant la période couverte par le présent examen, mettant ainsi fin à près de trois décennies d'incertitude.

Par un premier arrêt du 15 octobre 2004<sup>427</sup>, la Cour a cassé un arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui, après avoir décidé que l'examen de l'arbitrabilité au stade du déclinatoire de juridiction devait, en application de la Convention de New York, se faire au regard de la loi d'autonomie, avait conclu à son absence de juridiction en raison de l'existence d'une

<sup>419</sup>. Anvers 2 juin 2003, *Revue@dipr.be* 2004/5, p. 40.

<sup>420</sup>. Examen 2003, n° 142.

<sup>421</sup>. Liège 28 avril 2003, *J.T.* 2003, pp. 811 et 862.

<sup>422</sup>. Anvers 30 juin 2004, *RABG* 2004, p. 1301.

<sup>423</sup>. Voy. *infra*, n° 163.

<sup>424</sup>. Pour deux exemples pendant la période couverte par le présent examen, voy. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929; Gand 19 janvier 2004, *Revue@dipr.be* 2004/5, p. 34. Ces décisions, que nous commenterons plus en détail ci-après (voy. *infra*, n° 163), statuaient dans des espèces où, il faut le préciser, s'appliquait non la Convention de New York du 10 juin 1958, mais la Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international, dont l'art. VI.2. *in fine* prévoit expressément la faculté (mais non l'obligation) du juge de ne pas reconnaître la convention d'arbitrage, et donc de rejeter un déclinatoire de juridiction, si, selon la loi du for, le litige n'est pas susceptible d'arbitrage.

<sup>425</sup>. Cass. 28 juin 1979, *Pas.* 1979, I, p. 1260, *R.C.J.B.* 1981, p. 332 et note VANDER ELST.

<sup>426</sup>. Pour une analyse plus approfondie de la controverse, voy. Examen 1998, nos 118 à 126; Examen 2003, nos 142 à 145; voy. également P. HOLLANDER, "L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit belge", in *L'arbitrage et la distribution commerciale*, Bruylant, 2005, p. 25; P. HOLLANDER, "L'arbitrabilité des litiges en matière de résiliation de concessions de vente soumises à la loi du 27 juillet 1961: fin de la controverse?", *R.D.C.* 2005, p. 498; M. TRAEST, "De beoordeling van de arbitreerbaarheid van een geschil bij een exceptie van rechtsmacht: het Hof van Cassatie kiest voor de *lex fori*", *R.D.C.* 2005, p. 492; M. PIERS, "Arbitreerbaarheid en toepasselijk recht: is de controverse nu ten einde?", *R.W.* 2004-05, p. 1049; M. PIERS et H. VERBIST, "Concessiegeschillen en arbitrage", *NjW* 2005, p. 619; L. MERTENS, "Arbitrabilité des litiges concernant la résiliation des concessions de vente exclusive soumises à la loi belge du 27 juillet 1961: la bouteille à encre est-elle enfin épuisée?", *R.D.C.* 2007, p. 890; H. MINJAUW, "Relation entre la loi belge de 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive et l'arbitrage", *R.D.A.I.* 2007, p. 3.

<sup>427</sup>. Cass. 15 octobre 2004, *R.D.C.* 2005, p. 488 avec note M. TRAEST et note P. HOLLANDER.

clause compromissoire dans un contrat de concession de vente soumis au droit suisse, lequel n'interdit nullement l'arbitrage de litiges relatifs à la fin d'une concession de vente. La Cour de cassation a tout d'abord relevé que l'article 2, alinéa 3 de la Convention de New York n'indique pas expressément la loi sur la base de laquelle il faut déterminer si le litige est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. Elle a ensuite considéré que *"cette disposition conventionnelle permet toutefois au juge à qui la question est soumise, d'examiner la question au regard de son système juridique et détermine ainsi les limites dans lesquelles la jurisprudence privée sur certaines matières est conciliable avec l'ordre légal"*. Après avoir souligné que *"lorsque la clause d'arbitrage est soumise, suivant la volonté des parties, à une loi étrangère, l'autorité judiciaire à laquelle un déclinatoire de compétence est opposé, peut exclure la possibilité d'arbitrage lorsque celle-ci porte atteinte à l'ordre public de son système juridique"*, la Cour constate que la cour d'appel *"exclut a priori que le juge inclue également la lex fori dans son appréciation et viole ainsi les dispositions conventionnelles invoquées par le moyen"*.

Comme l'un des auteurs du présent examen l'avait constaté, si l'arrêt du 15 octobre 2004 se prononçait clairement en faveur de la prise en considération de la *lex fori* pour déterminer, au stade d'un déclinatoire de juridiction, si le litige était arbitral, il n'était malheureusement pas exempt d'ambiguïté. En effet, la référence à l'ordre public comme justification de l'exclusion de l'arbitrage était en l'espèce surprenante, puisque la loi du 27 juillet 1961, si elle est impérative et d'application immédiate, ne relève cependant pas de l'ordre public. On pouvait donc se demander si cet arrêt, en faisant apparemment de la compatibilité avec l'ordre public le critère de l'arbitrabilité en droit belge, n'amorçait pas un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation en faveur de l'arbitrabilité des litiges relatifs à des concessions de vente soumises à cette loi<sup>428</sup>.

**161.** Un nouvel arrêt prononcé par la Cour de cassation le 16 novembre 2006<sup>429</sup> a levé toute incertitude à ce sujet, en cassant un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui avait considéré que la Convention de New York *"ne [laisse] aucune place à l'application de la loi du for pour apprécier la question de l'arbitrabilité du litige, et que cette question doit être réglée par la loi applicable au contrat"*<sup>430</sup>. S'inspi-

rant de la motivation de son arrêt du 15 octobre 2004, la Cour de cassation énonça que *"l'article 2 [de la Convention de New York] n'indique pas au regard de quelle loi le juge doit vérifier si le litige est arbitral. Cette disposition conventionnelle permet au juge d'examiner la question d'après la loi du for et de déterminer ainsi dans quelle mesure, en certaines matières, l'arbitrage peut être admis"*. La Cour poursuivit, en affirmant cette fois-ci de façon beaucoup plus nette que *"lorsque la convention d'arbitrage est, comme en l'espèce, soumise à une loi étrangère, le juge saisi d'un déclinatoire de juridiction doit exclure l'arbitrage si, en vertu de la loi du for, le litige ne peut être soustrait à la juridiction des tribunaux étatiques"*. On remarque que la Cour a cessé de se référer à l'ordre public, levant ainsi l'équivoque qui pesait sur son arrêt de 2004.

Il résulte donc de ces deux arrêts que l'arbitrabilité du litige doit bien être examinée au stade du déclinatoire de juridiction en prenant en considération la loi du for<sup>431</sup>. La controverse née de l'imprécision du texte de l'article 2 de la Convention de New York est donc tranchée et on peut se féliciter qu'il soit ainsi mis fin à des années d'insécurité juridique.

Quant à savoir si la Cour de cassation a eu raison dans son arrêt de 2006 de considérer que toute loi interne, et pas uniquement les lois d'ordre public comme aurait pu le laisser entendre son arrêt de 2004, peut exclure l'arbitrage, il s'agit ici d'une question qui dépasse largement les limites du présent examen.

**162.** Compte tenu de l'état actuel du droit belge sur la question, un litige relatif à la résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge n'est pas susceptible d'être réglé par la voie d'un arbitrage convenu avant la fin du contrat et qui a pour but et pour effet d'entraîner l'application d'une loi étrangère.

Ce principe, posé par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 juin 1979<sup>432</sup>, a été expressément rappelé par la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 27 février 2003, dans lequel elle a refusé de donner effet à une clause d'arbitrage après avoir constaté que la convention conclue par les parties ne prévoyait ni expressément ni implicitement l'application du droit belge<sup>433</sup>. La cour a observé en particulier que le fait que le droit belge soit potentiellement applicable en tant que loi du pays avec lequel l'objet de la procédure présentait les

<sup>428.</sup> P. HOLLANDER, "L'arbitrabilité des litiges en matière de résiliation de concessions de vente soumises à la loi du 27 juillet 1961: fin de la controverse?" (note sous Cass. 15 octobre 2004), *R.D.C.* 2005, p. 498; "L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit belge", in *L'arbitrage et la distribution commerciale*, Bruylant, 2005, p. 25.

<sup>429.</sup> Cass. 16 novembre 2006, *R.D.C.* 2007, p. 889 et note L. MERTENS.

<sup>430.</sup> L'arrêt du 7 février 2002 censuré par la Cour de cassation avait été critiqué dans notre Examen 2003, n° 144, où nous reproduisions ses principaux attendus.

<sup>431.</sup> L'un des auteurs du présent examen a soutenu la thèse que l'arbitrabilité doit en réalité être examinée cumulativement au regard des deux lois (loi d'autonomie et loi du for) et qu'un litige n'est arbitral que si ces deux lois ne s'y opposent pas (voir les études de P. HOLLANDER citées dans la note 428 ci-dessus). Les deux arrêts de la Cour de cassation ne sont pas incompatibles avec cette analyse, puisqu'ils ont censuré des décisions de fond ayant refusé de prendre en compte la loi du for, mais n'ont pas exclu la prise en compte cumulative de la loi d'autonomie.

<sup>432.</sup> Cass. 28 juin 1979, *Pas.* 1979, I, p. 1260, *R.C.J.B.* 1981, p. 332 et note VANDER ELST.

<sup>433.</sup> Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929.

liens les plus étroits (critère de rattachement utilisé dans le règlement de l'institution d'arbitrage désignée dans le contrat) n'était pas suffisant pour garantir l'application du droit belge par les arbitres. Elle a également relevé que les demandes d'indemnité complémentaire pour plus-value de clientèle et remboursement d'indemnités de licenciement étaient exécutables au domicile du concédant, de telle sorte qu'il ne pouvait être exclu que les arbitres considèrent que l'objet du litige présentait des liens plus étroits avec le pays du concédant. Cette partie de la motivation doit être approuvée.

**163.** Il y a cependant lieu de s'interroger sur l'effet d'une reconnaissance par le concédant en cours de procédure de l'application du droit belge au litige, avec la conséquence que, dans un tel cas, l'arbitrage n'aurait pour plus pour "*effet d'entraîner l'application d'une loi étrangère*", de telle sorte que la limitation du recours à l'arbitrage posée par l'arrêt de principe du 28 juin 1979 de la Cour de cassation ne trouverait pas à s'appliquer.

Dans son arrêt précité du 27 février 2003<sup>434</sup>, la cour d'appel de Bruxelles a estimé à ce sujet qu' "*une telle reconnaissance de l'application du droit belge, postérieure à la rupture du contrat et limitée à la question de l'arbitrabilité, n'implique pas une reconnaissance totale et inconditionnelle de l'application du droit belge lors de l'examen du fond du litige*". On peut donc en déduire *a contrario* que si le concédant avait reconnu inconditionnellement et sans limitation l'application du droit belge au fond du litige, le déclinatoire de juridiction fondé sur une clause compromissaire aurait été admis, même si le contrat avait initialement été soumis à un droit étranger.

En outre, pareille reconnaissance serait assurément opposable au concédant dans le cadre d'un arbitrage qui aurait été mis en œuvre si le déclinatoire de juridiction était admis. En vertu du principe de l'*estoppel*, communément admis en droit du commerce international<sup>435</sup>, il est interdit à une partie de se contredire au détriment d'autrui. Il en découle qu'une partie ne peut adopter dans une procédure d'arbitrage une position procédurale inconciliable avec celle qu'elle a prise dans une autre procédure (arbitrale ou judiciaire) en rapport avec celle soumise aux arbitres.

Sur la même question, la cour d'appel de Gand a, dans un arrêt du 9 janvier 2004<sup>436</sup>, jugé que pareille reconnaissance de l'application du droit belge par le concédant étranger en cours de procédure ne satisfaisait pas au prescrit de l'article 2 de la Convention de New York de 1958 qui exige que la clause d'arbitrage soit constatée par écrit, la cour considérant que l'accord écrit devait en lui-même mettre les parties et le juge en état de vérifier s'il était susceptible d'être appliqué. Ce faisant, la cour nous paraît dénaturer la condition d'écrit visée dans l'article 2 de la Convention de New York. D'une part, il est unanimement admis qu'il s'agit d'une condition de forme mais non de validité de la convention d'arbitrage<sup>437</sup>. D'autre part, l'article 2 de la Convention de New York n'exige nullement que les éléments de nature à rendre le litige arbitral (en ce qui concerne les concessions de vente, l'application du droit belge au fond du litige) soient contenus dans la convention d'arbitrage elle-même.

Relevons enfin un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 30 juin 2004 qui a admis le déclinatoire de juridiction soulevé par le concédant étranger<sup>438</sup>. La cour a motivé sa décision d'abord par son ralliement à la thèse de l'application de la loi d'autonomie (en l'espèce le droit hollandais) à la question de l'arbitrabilité (aujourd'hui condamnée par la Cour de cassation). Elle aurait pu s'arrêter là, mais elle ne l'a pas fait et a considéré que le choix par les parties du droit hollandais pour régir leur contrat n'excluait pas que la loi de 1961 puisse être appliquée dans le cadre de la procédure arbitrale. La Cour a justifié sa position par la considération que le concédant avait indiqué dans ses conclusions d'appel qu'il était plausible que les arbitres appliquent les dispositions impératives de droit belge, ce dont la Cour a déduit que non seulement le concédant ne s'opposait pas à une telle application mais qu'il la considérait en outre acceptable et méritant d'être approuvée. La Cour avait relevé à cet égard que le concédant s'était lui-même référé dans ses conclusions à l'article 7.2. de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui prévoit que lors de l'application de la loi choisie par les parties, le juge peut donner effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente des liens étroits. Elle en a conclu qu'il n'y avait en l'espèce pas de raison de considérer que le tribunal arbitral n'appliquerait pas les dispositions impératives de la loi de 1961.

<sup>434</sup>. Bruxelles 27 février 2003, *R.D.C.* 2005, p. 929.

<sup>435</sup>. E. GAILLARD, "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international", *Rev. Arb.* 1985, p. 241; P. PINSOLLE, note sous Cass. fr. 6 juillet 2005, *Rev. Arb.* 2005, p. 994.

<sup>436</sup>. Gand 19 janvier 2004, *Revue@dipr.be* 2004/5, p. 34.

<sup>437</sup>. A.J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, 1981, p. 177.

<sup>438</sup>. Bruxelles 30 juin 2004, *RABG* 2004, p. 1301.

## CHAPITRE XIV. LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE – CONFLIT ENTRE LA LOI BELGE ET LES RÈGLEMENTS EUROPÉENS

### Section 1. Généralités

164. Au cours de la période examinée, le règlement n° 1400/2002<sup>439,440</sup> est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2003. Nous nous permettons de renvoyer à notre précédent examen pour une description des grandes lignes de ce règlement<sup>441</sup>.

À l'instar des précédents, ce règlement prévoit que, pour bénéficier de l'exemption qu'il implique, les contrats à durée indéterminée doivent contenir une disposition prévoyant que le délai de résiliation ordinaire est de deux ans au moins, ce délai pouvant être réduit à un an (1) si le fournisseur est tenu de verser une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière s'il est mis fin à l'accord, ou (2) si le fournisseur résilie l'accord en raison de la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau<sup>442</sup>.

165. Le règlement n° 1400/2002 exclut en outre désormais la combinaison d'exclusivité et de sélectivité, imposant aux constructeurs de choisir entre les deux. Il a été soutenu que le fait que la plupart des réseaux sont désormais sélectifs entraînerait la fin de l'application de la loi du 27 juillet 1961 dans le secteur automobile<sup>443</sup>. Cette thèse a suscité une vive réaction de rejet à laquelle nous nous permettons de renvoyer le lecteur<sup>444</sup>.

166. Une autre innovation de ce règlement est d'imposer au concédant qui désire mettre fin à un contrat conclu pour une durée indéterminée, outre le respect d'un délai de préavis de minimum deux ans, pouvant être réduit à un an dans certains cas, de spécifier "*les raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation, afin d'éviter qu'un fournisseur ne résilie un accord vertical avec un distributeur ou un réparateur à cause de pratiques qui ne peuvent faire l'objet de restrictions dans le cadre du présent règlement*"<sup>445</sup>, sans que la sanction du non-respect de cette obligation de motivation ne

soit clairement définie<sup>446</sup>. Cette obligation de motivation doit figurer dans les contrats eux-mêmes.

Nous renvoyons à ce sujet à notre commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 2007<sup>447</sup> duquel il semble résulter que le juge du fond pourrait considérer que seul un préavis répondant au prescrit de ce règlement pourrait avoir pour effet de mettre fin à la relation<sup>448</sup>.

### Section 2. Contrats à durée déterminée

167. Le tribunal de commerce de Mons<sup>449</sup> a eu à connaître d'une affaire intéressante dans laquelle les dispositions de la loi de 1961 entraient en conflit avec celles du règlement n° 123/85 en vigueur à l'époque, qui prévoyait que les contrats conclus pour une durée déterminée devaient l'être pour un minimum de quatre ans (ce délai ayant été porté à cinq ans par les règlements suivants) "*à moins que le fournisseur soit tenu de verser une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière s'il est mis fin à l'accord*".

En l'espèce, les parties étaient liées par un contrat conclu "*à l'essai*" pour une durée déterminée de 22 mois, qui fut prolongée pour une durée que le tribunal qualifia d'indéterminée. Ce contrat fut ensuite résilié dans des circonstances telles que le tribunal estima que cette résiliation était intervenue de commun accord.

Analysant le contrat originellement conclu pour une durée déterminée, le tribunal a souligné qu'il n'était nullement établi que l'indemnité complémentaire prévue dans la loi belge corresponde en tout point à l'indemnité appropriée prévue par le règlement n° 123/85, de telle sorte que la durée minimale de quatre ans s'imposait. Cependant, le tribunal rappela les effets limités des règlements d'exemption<sup>450</sup> et en déduisit que le concessionnaire qui constate que la durée de son

<sup>439</sup>. Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *J.O.C.E.* L 203/30 du 1<sup>er</sup> août 2002, p. 30.

<sup>440</sup>. Pour un commentaire de ce règlement, voy. P. KILESTE et C. STAUDT, "Le Règlement 1400/2000 en matière de distribution automobile", *J.T.* 2003, pp. 141 et s.; P. KILESTE et C. STAUDT, "Les accords verticaux et les pratiques concertées dans le secteur automobile", *J.T.-dr. eur.* 2006, pp. 33 à 42.

<sup>441</sup>. Examen 2003, n°s 147 et s.

<sup>442</sup>. Art. 5.1. du règlement; sur la question de savoir si l'entrée en vigueur du nouveau règlement impliquait une "*réorganisation du réseau*" permettant de recourir à un préavis réduit d'un an, voy. arrêt du 7 septembre 2006, C-125/05, *Vulcan Silkeborg/Skandinavisk Motor*.

<sup>443</sup>. L. DU JARDIN, "Distribution sélective: pourquoi la loi de 1961 ne sera plus nécessairement applicable à l'automobile", *J.T.* 2004, p. 649.

<sup>444</sup>. P. KILESTE, A. PONCELET et B. LYCKE, "Pourquoi la loi de 1961 reste applicable à la distribution automobile", *J.T.* 2005, p. 439, avec réplique de L. DU JARDIN.

<sup>445</sup>. Art. 3.4. du règlement.

<sup>446</sup>. P. KILESTE et C. STAUDT, "Le règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 de la Commission européenne en matière de distribution automobile", *J.T.* 2003, p. 149, n°s 58 et s.; P. KILESTE et C. STAUDT, "Distribution automobile: commentaire du règlement CE n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile", *Ann. Dr.*, n° 1/2007, Bruylant, n° 98.

<sup>447</sup>. Cass. 12 janvier 2007, *DAOR* 2007, p. 455.

<sup>448</sup>. Voy. *supra*, n° 66.

<sup>449</sup>. Comm. Mons 15 mai 2003, *DAOR* 2003, p. 422.

<sup>450</sup>. Sur cette question, voy. Examen 2003, n° 148.

contrat ne respecte pas la durée minimale prévue dans un tel règlement ne peut tirer de celui-ci aucun droit contractuel direct qui obligerait son cocontractant à adapter la durée de la convention ou à l'indemniser à concurrence de la différence entre la durée convenue et la durée minimale spécifiée par le règlement. Le non-respect de cette durée ne pourrait avoir pour conséquence que l'annulation de la convention de distribution dans sa totalité ou de certaines de ses clauses pour contrariété avec l'article 81 du Traité CE. Cette solution, conforme à la jurisprudence classique, démontre à quel point le choix opéré par le législateur européen d'insérer dans un règlement d'exemption des règles de droit civil censées protéger le concessionnaire est source d'insécurité juridique<sup>451</sup>.

### Section 3. Contrats à durée indéterminée

**168.** Rappelons la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle, même si les délais de préavis minimum prévus par les règlements européens ont été respectés, le concessionnaire évincé peut prétendre à une durée de préavis supérieure sur base de la loi du 27 juillet 1961 ou réclamer le bénéfice d'une indemnité compensatoire de préavis calculée sur une durée de préavis plus longue que celle prévue par le règlement européen<sup>452</sup>.

Cet enseignement a été appliqué par le tribunal de commerce de Bruxelles selon lequel le règlement européen (en l'espèce n° 1475/95) "*n'empêche nullement le concessionnaire de se prévaloir des dispositions plus favorables prévues par les dispositions impératives de la loi du 27 juillet 1961 et de réclamer une indemnité compensatoire lorsque le préavis accordé n'est pas suffisant*"<sup>453</sup>.

### Section 4. Conditions résolutoires expresses

**169.** Par un arrêt du 7 février 2005<sup>454</sup>, statuant sur appel d'une ordonnance rendue en référé, la cour d'appel de Bruxelles a examiné la validité d'un pacte commissaire exprès<sup>455</sup> au regard du règlement européen n° 1400/2002. Le contrat conclu entre les parties interdisait en effet au concessionnaire de vendre des voitures neuves (ou de moins de trois mois) à des sociétés de leasing, sauf respect de différentes conditions (vérification que le client exerce bien une activité de leasing, vérification que la société va louer le véhicule et ne pourra le vendre qu'après six mois, preuve que le

preneur de leasing ne pourra acquérir le véhicule avant six mois). Cette obligation n'ayant pas été respectée, le concédant avait mis fin au contrat avec effet immédiat en application de la convention.

La cour examina la validité de cette clause sous deux angles.

D'une part, elle s'interrogea sur la compatibilité d'une telle clause avec l'article 3.6. du règlement, qui impose la possibilité de recourir à un expert indépendant en cas de litige relatif aux obligations contractuelles. Selon la cour, cet article devrait avoir pour conséquence que le contrat doit être maintenu dans l'attente du règlement du litige. Elle considéra ainsi que, de prime abord, une telle clause résolutoire, qui permet d'éviter l'intervention préalable d'un expert dans les cas (non limitativement) prévus par le règlement n° 1400/2002 semble incompatible avec celui-ci.

Sur ce point, la décision de la cour est contraire à la solution qui fut apportée à cette question par la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt du 18 janvier 2007<sup>456</sup>. La Cour y a considéré que le règlement n° 1400/2002 se bornait à exiger, à titre de condition d'application de l'exemption par catégorie, que l'accord prévoise le droit pour chacune des parties de recourir à un tiers arbitre en cas de litige contractuel sans préjudice du droit de saisir un juge national mais qu'aucune disposition dudit règlement n'exigeait que l'intervention du tiers ait lieu avant la mise en œuvre de la résiliation ou que cette intervention suspende les effets d'une telle résiliation jusqu'à ce qu'une décision soit rendue quant à la validité de celle-ci.

La cour d'appel de Bruxelles examina ensuite la clause en elle-même, estimant que rien dans le règlement ne permettait de décider que les fabricants pourraient imposer aux concessionnaires de ne pas vendre de véhicules neufs à des sociétés de leasing si ce n'est en obtenant l'engagement de leur part de ne pas revendre le véhicule avant l'expiration d'un délai de six mois. Elle jugea cette obligation contraire au règlement et en conclut donc que la résiliation du contrat par le concédant n'était pas fondée, ordonnant ainsi la poursuite des relations contractuelles jusqu'à ce qu'une décision au fond intervienne.

**170.** La Cour de justice de Communautés européennes a jugé que l'obligation pour le constructeur d'énoncer par écrit les raisons objectives et transparentes qui le conduisent à résilier la convention vaut également en cas d'application d'un pacte commissaire exprès<sup>457</sup>.

<sup>451</sup>. P. KILESTE et C. STAUDT, "Distribution automobile: commentaire du règlement CE n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile", *Ann. Dr.*, n° 1/2007, Bruylant, n°s 118 et s.

<sup>452</sup>. Cass. 6 octobre 1995, *Pas.* 1995, I, p. 881, *R.W.* 1996-97, p. 49.

<sup>453</sup>. Comm. Bruxelles 13 mars 2003, *R.D.C.* 2005, p. 82 confirmé en appel par Bruxelles 4 septembre 2007, *R.G.* 2004/AR/1650, *inédit*.

<sup>454</sup>. Bruxelles 7 février 2005, *R.D.C.* 2005, p. 972.

<sup>455</sup>. Sur cette question, voy. *supra*, n°s 49 et s.

<sup>456</sup>. Arrêt *NV City Motors Groep/NV Citroën BELUX*, C-421/05.

<sup>457</sup>. Arrêt *NV City Motors Groep/NV Citroën BELUX*, C-421/05.