

RECHTSLEER

DOCTRINE

ALGEMEEN HANDELSRECHT / DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL

Les commissions indirectes dans le contrat d'agence commerciale – Questions pratiques

Gaetano Jannone et Olivier Vanden Berghe¹

1. Introduction	613
2. Les dispositions relatives aux commissions indirectes sont-elles impératives ou simplement supplétives?	614
3. A quel taux faut-il payer des commissions indirectes?	615
4. Quelles commissions sont dues à l'agent dans le cas de contrats à prestations successives de type abonnement?	616
4.1. L'agent est-il en droit de réclamer une commission pour les consommations et facturations dans le cadre de contrats à prestations successives?	616
4.2. La reconduction tacite d'un contrat à prestations successives constitue-t-elle une nouvelle « affaire »?	618
5. Le commettant peut-il être tenu de rémunérer plusieurs agents pour une même affaire?	618
6. A partir de quel degré d'exclusivité de l'agent la commission indirecte d'exclusivité est-elle due?	620

RÉSUMÉ

Dans cette contribution, les auteurs examinent, sur la base de questions concrètes et de certaines décisions récentes, la nature et la portée des dispositions de l'article X.8, 2° et 3° du Code de droit économique, relatives au droit de l'agent commercial de percevoir des commissions dites « indirectes », les commissions sur des affaires auxquelles il n'a pas contribué. Le droit aux commissions indirectes soulève des questions particulièrement délicates lorsque les « affaires » dont est chargé l'agent s'étalent dans le temps, comme la fourniture d'électricité ou les abonnements de téléphonie.

SAMENVATTING

In deze bijdrage onderzoeken de auteurs op basis van concrete vragen en recente rechtspraak de aard en het toepassingsgebied van de bepalingen van artikel X.8, 2° en 3° van het Wetboek economisch recht, met betrekking tot het recht van handelsagenten op zogenaamde “indirecte commissies”, commissies voor zaken die niet dankzij hun optreden zijn afgesloten. Het recht op indirecte commissies leidt tot bijzonder delicate vragen, vooral als de “zaken” waarmee de agent belast is zich uitstrekken in de tijd, zoals de elektriciteitsbevoorrading of abonnementen voor telecomdiensten, die vaak voortduren tot lang na het einde van de handelsagentuurovereenkomst.

1. INTRODUCTION

1. La plupart des agents commerciaux sont rémunérés au moins partiellement « à la commission »: ils perçoivent une rémunération qui, selon les termes de l'article X.7 du Code de droit économique (« CDE »), « varie avec le nombre ou la valeur des affaires » négociées par l'agent pour le compte

du commettant. Généralement exprimée en pourcentage de la valeur de l'affaire négociée par l'agent, la commission consiste parfois en une somme fixe payée à l'agent par affaire conclue.

¹ Avocats Liedekerke. Avec la collaboration précieuse de Sebastian Tytgat.

Tant le législateur européen dans la directive n° 86/653/CEE² que le législateur belge lors de l'adoption de la loi de transposition du 13 avril 1995 (intégrée depuis dans le CDE³), ont adopté une série de dispositions relatives à la question des commissions des agents commerciaux. Ainsi, les articles 6 à 12 de la directive n° 86/653 et les articles X.7 à X.14 du Code de droit économique concernent la rémunération « à la commission » des agents commerciaux. Ces règles déterminent notamment le type d'affaires pour lesquelles l'agent a droit à une commission, le moment auquel l'affaire doit être conclue pour pouvoir faire naître ce droit, le moment auquel la commission est due, les conditions dans lesquelles le droit à la commission s'éteint, etc.

2. La présente contribution concerne plus spécifiquement l'article X.8 du CDE et les normes, en apparence anodines, qui y sont énoncées quant aux commissions dites « indirectes ». Pour cerner la notion de commission « indirecte », il suffit de lire le texte de l'article X.8 CDE:

« Pour une affaire conclue pendant la durée du contrat d'agence commerciale, l'agent commercial a droit à une commission:

- 1° lorsque l'affaire a été conclue grâce à son intervention;
- 2° ou, lorsque l'affaire a été conclue avec un tiers dont il a obtenu antérieurement la clientèle pour des affaires similaires;
- 3° ou, lorsqu'il a été convenu que l'agent commercial agirait comme seul agent dans un secteur déterminé ou auprès d'un groupe de personnes déterminées et que l'affaire a été conclue avec un client établi dans ce secteur ou appartenant à ce groupe. »

2. LES DISPOSITIONS RELATIVES AUX COMMISSIONS INDIRECTES SONT-ELLES IMPÉRATIVES OU SIMPLEMENT SUPPLÉTIVES?

3. Une première difficulté est liée à la nature de l'article X.8 du CDE:

- si ces dispositions sont impératives, cela signifie que ces commissions indirectes sont dues même en cas d'accord contraire des parties sur ce point;
- si, par contre, ces dispositions sont supplétives, les parties pourraient valablement déroger, dans leur

Cette disposition permet de saisir la différence entre les commissions « directes » et celles dites « indirectes ». La commission « directe » est celle qui est due à l'agent lorsque ce dernier parvient, grâce aux efforts déployés et par son entremise, à conclure une affaire au nom et pour le compte du commettant. L'agent a droit à cette commission en vertu de l'article X.8, 1° du CDE. Les commissions « indirectes », en revanche, sont celles dues à l'agent en vertu des dispositions l'article X.8, 2° et 3° du CDE. Ces commissions recouvrent deux cas de figure dans lesquels l'agent aura droit à une commission malgré le fait qu'il n'aura joué aucun rôle actif dans la négociation de l'affaire en question:

- d'une part, l'agent a droit à une commission sur les affaires conclues avec un nouveau client apporté antérieurement par l'agent pour des affaires similaires. Nous parlerons dans cette contribution de « commissions sur commandes ultérieures »⁴;
- d'autre part, l'agent touchera une commission sur toutes les affaires conclues avec un client issu d'un territoire ou d'un groupe cible réservé exclusivement à l'agent. Nous qualifierons ce type de commissions de « commissions d'exclusivité ».

Ces règles paraissent, *a priori*, claires. Cependant, elles ne le sont qu'en apparence, et plusieurs questions et difficultés subsistent. Ces difficultés, parfois inattendues, peuvent représenter dans la pratique des montants considérables, rarement anticipés par les parties au contrat, singulièrement par le commettant qui se retrouvera parfois débiteur de commissions qu'il n'a jamais envisagées. Nous abordons dans la présente contribution un certain nombre des questions qu'entraîne l'application des dispositions légales en matière de commissions indirectes.

contrat, à l'obligation de payer des commissions indirectes.

4. L'analyse des travaux préparatoires ne permet pas de répondre à cette question de manière claire, puisqu'ils sont, dans une certaine mesure, contradictoires sur le sujet⁵. Durin et Van den Broeck ont, dans leur ouvrage de référence

² Directive (CEE) n° 86/653 du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, *J.O.C.E.*, L. 382, 31 décembre 1986, p. 17.

³ Loi du 2 avril 2014 portant insertion du Livre X « Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concession de vente » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre X, dans le Livre 1^{er} du Code de droit économique (*M.B.*, 28 avril 2014, p. 35.072).

⁴ Dénomination empruntée à A. DE THEUX, *Le statut européen de l'agent commercial*, F.U.S.L., 1992, p. 116 et à L. DU JARDIN, « Le nouveau régime de rémunération de l'agent commercial », *D.A. O.R.*, 1995, n° 36, p. 38.

⁵ Le projet de loi semble indiquer, sans toutefois le mentionner expressément, que la loi sur le contrat d'agence doit être considérée comme ayant une nature impérative. Par ailleurs, le rapport des travaux effectués en Commission de la Justice indique clairement que toutes les dispositions de la loi sont, sauf indication contraire, impératives. Cependant, le ministre a déclaré, devant la même Commission, que les dispositions concernant les commissions indirectes sont de nature « complémentaire » (*aanvullend*, soit « supplétive »), et ce alors même que la loi ne contient pas expressément de réserve quant au caractère supplétif de ces dispositions (voir projet de loi et rapport de la Commission de la Justice, dit « Rapport Vandenberghe », *Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 355-1, pp. 14 et 33).

Handelsagentuur, réalisé une analyse approfondie de la nature de la loi sur le contrat d'agence commerciale et de son articulation avec les dispositions de la directive. Ils soutiennent que certaines dispositions seraient impératives à divers degrés, d'autres – dont celles relatives aux commissions – seraient « apparemment » supplétives, et d'autres encore, seraient « simplement » supplétives⁶.

Malgré le doute qui peut subsister à ce sujet, la position majoritaire semble toutefois fixée en doctrine⁷ et en jurisprudence⁸: la loi sur le contrat d'agence commerciale, et spécifiquement les dispositions concernant les commissions directes et indirectes, revêt un caractère impératif, sauf lorsque la loi elle-même en dispose autrement.

Dès lors, le praticien devra raisonnablement anticiper qu'en droit positif, toute stipulation excluant le paiement de commissions indirectes serait frappée de nullité relative. Il en irait de même pour les clauses qui stipuleraient une commission de 0% (ou de 0 EUR) en cas d'absence d'intervention de l'agent. Le but des dispositions relatives aux commissions indirectes est en effet précisément de garantir⁹ à l'agent un certain revenu, même lorsqu'il n'intervient pas, dans les situations dans lesquelles il aurait pu (voire même aurait dû) intervenir. Une commission de 0% n'est pas une « commission », mais bien une absence de rémunération. Or, la loi prévoit bien que l'agent a droit à « une commission »,

c'est-à-dire, toujours selon la loi, à une « rémunération variant avec le nombre ou la valeur des affaires » (art. X.7 CDE). En outre, une commission de 0% équivaut, au moins en fait, à créer une situation d'extinction du droit de l'agent à la commission qui n'est pas prévue à l'article X.12 du CDE, dont le caractère impératif n'est pas discutable compte tenu de son libellé. C'est en ce sens que le tribunal de commerce de Bruxelles a tranché récemment un litige comparable concernant la réduction à 0% d'une commission récurrente¹⁰.

Cette nullité n'étant que relative, l'agent pourrait, dans les conditions propres à une telle confirmation, renoncer à invoquer la nullité, par exemple dans le cadre d'une convention de transaction¹¹.

Cependant, la question du caractère impératif de la loi pourra toujours être débattue, particulièrement quant aux commissions indirectes, dès lors que le ministre, interrogé en commission lors des travaux parlementaires, a clairement laissé entendre que tout ou partie des dispositions concernant les commissions indirectes ne seraient que supplétives¹². Une telle interprétation serait en outre conforme aux arguments développés par Dursin et Van den Broeck quant au caractère supplétif, *a priori*, des dispositions de la loi sur le contrat d'agence concernant les commissions¹³.

3. A QUEL TAUX FAUT-IL PAYER DES COMMISSIONS INDIRECTES?

5. Si le contrat contient des dispositions relatives aux commissions indirectes, il faut noter que les parties ont, en vertu de l'article X.13, alinéa 2, le droit de prévoir des commissions à taux différents en fonction de divers critères:

« Les parties fixent librement, lors de la conclusion du contrat d'agence commerciale, le taux des commissions. Elles peuvent convenir de taux différents, selon les catégories de clients prospectés, la nature des produits diffusés ou des services fournis et le rôle joué par l'agent commercial dans la réalisation de l'affaire. »

Le contrat peut donc prévoir un calcul différent selon qu'il s'agit de commissions directes ou indirectes¹⁴. Le commettant prudent et soucieux d'éviter d'avoir à payer des commissions indirectes – qui entrent en effet dans la base de calcul de l'indemnité d'éviction¹⁵ – devra donc proposer à son agent un taux de commissionnement très réduit, voire symbolique.

6. On constate dans la vie commerciale courante que les contrats d'agence ne contiennent bien souvent pas de dispo-

⁶ E. DURSIN et K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, Gand, Mys & Breesch, 1997, p. 455.

⁷ L. DU JARDIN, « Le nouveau régime de rémunération de l'agent commercial », *D.A. O.R.*, 1995, n° 36, p. 36; E. DURSIN, « De vergoeding van de handelsagent », in « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 957; C. JASSOGNE, « L'agent commercial et le représentant de commerce en droit belge », in B. PINCHART et J.-P. TRIAILLE, *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 49; M. DAMBRE, « De nieuwe handelsagentuurovereenkomstenwet », *R.W.*, 1995-1996, p. 1403.

⁸ Bruxelles (9^e ch.), 12 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002/06, p. 232; Liège (7^e ch.), 11 février 2016, *R.D.C.*, 2016, 678; Comm. fr. Bruxelles, 29 avril 2014, *J.T.*, 2015, p. 298.

⁹ On verra ci-dessous (n°s 14 et s.) que le législateur semble avoir eu l'intention de limiter l'étendue de cette garantie.

¹⁰ Comm. Bruxelles, 29 avril 2014, *J.T.*, 2015, p. 298. Dans le cas d'espèce, il s'agissait certes d'une commission directe, mais nous ne voyons pas en quoi le raisonnement ne serait pas identique dans le cas d'une commission indirecte.

¹¹ P. VAN OMMESLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, t. II, vol. 2, p. 979.

¹² Voy. *supra*, note 5.

¹³ E. DURSIN et K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, Gand, Mys & Breesch, 1997, pp. 455 et s.

¹⁴ M. VANSTEENBEECK, « De vergoeding van de handelsagent », in E. TERRY, W. DEVROE et B. KEIRSBILCK (eds.), *Economisch recht*, Themis school voor postacademische juridische vorming, Bruges, die Keure, 2015, p. 116 et les références citées.

¹⁵ Il est vrai que le commettant pourrait soutenir, dans le cadre d'un débat sur l'indemnité d'éviction, que celle-ci doit être réduite si la part des commissions touchées par l'agent est substantiellement composée de commissions indirectes, voy. à ce sujet P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, Dossiers du J.T., n° 65, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 117.

sitions relatives aux commissions indirectes, qu'il s'agisse de précisions quant au principe du paiement de ces commissions ou quant à leur taux. En partant des principes (i) que la loi sur le contrat d'agence est impérative, et (ii) à défaut, qu'une renonciation ne se présume pas¹⁶, l'absence d'accord entre les parties quant aux commissions indirectes ne pourra pas, en règle, être interprété comme une volonté de déroger aux dispositions légales relatives aux commissions indirectes, et l'agent pourra, en principe, réclamer des commissions indirectes.

7. On devra, dans ce cas, s'attendre à un débat sur le taux de ces commissions indirectes qui, par hypothèse, n'aura pas été prévu au contrat. Le juge pourrait certes dans certains cas accorder les commissions indirectes au même taux que les commissions directes, en considérant qu'à défaut de différenciation par les parties, la rémunération sur laquelle elles se sont accordées a vocation à s'appliquer également aux commissions indirectes. Il nous semble pourtant que, l'application du prescrit de l'article X.13, alinéa 4, du CDE serait plus

appropriée pour pallier l'absence d'accord des parties à ce sujet:

« Si le contrat d'agence commerciale ne fournit aucune indication sur le taux des commissions et si aucun élément déduit des relations entre les parties ne permet de dégager leur volonté implicite à ce sujet, le taux usuel pratiqué dans le secteur économique de l'endroit où l'agent commercial exerce ses activités, pour des affaires du même genre, s'applique. En l'absence de tels usages, l'agent commercial a droit à un pourcentage équitable, qui tient compte de tous les éléments qui ont trait à l'opération. »

Sauf dans des cas très spécifiques dans lesquels des usages pourraient être démontrés, le juge devrait donc suppléer lui-même la volonté des parties en fixant « équitablement » un taux de commissions indirectes. L'équité pourrait amener un juge, dans ces conditions, à retenir un taux de commission indirecte inférieur à celui des commissions directes, dans la mesure où l'agent ne fournit pas d'efforts de prospection et de négociation dans la conclusion des affaires donnant lieu au paiement d'une commission indirecte.

4. QUELLES COMMISSIONS SONT DUES À L'AGENT DANS LE CAS DE CONTRATS À PRESTATIONS SUCCESSIVES DE TYPE ABONNEMENT?

8. Le texte de la loi impose le paiement de commissions indirectes sur les « affaires conclues pendant la durée du contrat ». Dans les contrats d'agence dans lesquels les « affaires » à négocier sont des contrats instantanés, sans prestations successives à fournir par le commettant et le client, la notion ne pose pas de problème particulier. Il en va autrement dans les contrats d'agence ayant pour objet la distribution de biens ou de services impliquant des prestations successives, tels que, par exemple, des contrats de fourniture d'énergie ou de services d'abonnements téléphoniques. Dans de telles situations, il ne fait aucun doute que la conclusion du contrat initial (l'abonnement) par l'entremise de l'agent constitue une « affaire » pour laquelle il a droit à une commission « directe ». Mais qu'en est-il pour (i) les consommations et facturations dans le cadre d'un tel contrat et (ii) le renouvellement, la prorogation ou la reconduction tacite de ce genre de contrats? Doivent-elles donner lieu à des commissions supplémentaires?

4.1. L'agent est-il en droit de réclamer une commission pour les consommations et facturations dans le cadre de contrats à prestations successives?

9. De nombreux contrats de type abonnement donnent lieu à des consommations (appels téléphoniques, usage de données, consommation d'énergie, ...) et facturations périodiques. Il nous semblerait quelque peu artificiel de qualifier chacune de ces consommations périodiques de nouvelle « affaire », ne s'agissant à notre avis que de l'exécution du contrat conclu, et ce même si la facturation varie de mois en mois selon le volume consommé. Dès lors, un contrat d'agence qui prévoit uniquement une commission à la conclusion ou l'activation de l'abonnement et dont le montant ne dépendrait pas des montants facturés au client, serait à notre avis licite, tant que l'on ne peut raisonnablement qualifier de « nouvelles affaires », les opérations ultérieures, ce qui serait le cas, par exemple, si le client souscrit à un service additionnel (p. ex.: il étend son volume forfaitaire de données mobiles, il souscrit à un service payant de « *video on demand* » ou autre mécanisme d'« *upselling* »). S'il y a réellement une nouvelle commande, une nouvelle affaire, une commission indirecte sera due si les conditions légales en sont remplies.

¹⁶ Cass., 24 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 141; *J.T.T.*, 2013, p. 494; Cass., 27 avril 2012, R.G. n° F.10.0134.F; Cass., 24 décembre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 332, note S. JANSEN; Cass., 17 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2589; Cass., 10 février 2005, R.G. n° 03.0601.F; Cass., 13 septembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1306; Cass., 26 avril 2002, *Res jur. imm.*, 2002, p. 211; Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2204; Cass., 14 décembre 2001, *Res jur. imm.*, 2002, p. 37; Cass., 19 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 883; Cass., 14 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 630.

10. Dans la pratique contractuelle, la question de savoir si la loi impose ou non une commission en fonction de la simple consommation du client a une importance limitée car une telle rémunération est très souvent expressément prévue dans les contrats d'agence. La « commission récurrente », largement répandue, est une commission payée à un agent en fonction de la consommation du client dans le cadre d'un contrat de type abonnement. Cette commission récurrente est payée sous forme, par exemple, de pourcentage de la valeur des services facturés au client. En général, elle fait suite à ou complète une commission d'un montant fixe dite « commission à l'activation », payée lors de la conclusion du contrat d'abonnement par le client. Si une telle commission est prévue dans le contrat d'agence, il importe *a priori* peu de savoir s'il s'agit d'une commission directe (rémunérant de façon variable l'affaire initiale) ou d'une commission indirecte (rémunérant les nouvelles « affaires » que seraient les consommations périodiques successives).

11. Subsiste toutefois dans ce cas la question de la pérennité de cette commission récurrente. Il est fréquent que le contrat d'agence stipule plus ou moins expressément que les commissions récurrentes cessent d'être dues lorsque le contrat d'agence commerciale prend fin. Une telle limitation, valable par exemple en droit allemand¹⁷, l'est-elle également en droit belge? On peut, en somme, répondre à cette question de deux manières, qui font resurgir la distinction entre commission directe et indirecte:

- soit on considère que les consommations du client, même si elles ont lieu dans le cadre de son abonnement, constituent des commandes à part entière, et donc des « affaires » donnant lieu à des commissions directes si elles sont conclues dans les 6 mois après la fin du contrat d'agence, en application de l'article X.9 du CDE. C'est la thèse que défendent notamment A. de Theux et P. Demolin¹⁸. Elle revient à considérer l'abonnement comme un contrat-cadre, suivi de contrats d'exécution ayant pour objet les consommations périodiques, distinction qui nous paraît quelque peu artificielle. En effet, l'abonnement visé ici contient déjà toutes les conditions et modalités contractuelles permettant la consommation, sans qu'un (sous-)contrat distinct soit requis. Il n'y a pas réellement de nouvelle « commande » de la part d'un abonné au gaz ou au téléphone, ni d'acceptation de celle-ci par le fournisseur ou l'opérateur. L'obligation de celui-ci est de permettre au client de se servir en produit ou en service, qui est disponible en continu. En réalité, c'est le client qui prend progressive-

ment livraison d'un produit qui lui est mis à disposition de manière permanente;

- soit on considère que les commissions récurrentes ne forment, au même titre que la commission à l'activation, qu'une rémunération pour la conclusion du contrat d'abonnement, qui constitue donc « l'affaire ». Cette approche, qui nous semble conceptuellement la plus correcte, peut toutefois mener à des conséquences juridiques importantes. L'affaire ayant été conclue pendant le contrat d'agence, cette commission directe récurrente devrait être payée jusqu'à la fin de l'abonnement du client sans que la résiliation du contrat d'agence dans l'intervalle ne puisse avoir d'influence sur ce point. En effet, il pourrait dans ce cas être objecté que la clause qui disposerait que le droit à la commission récurrente s'éteint à la fin du contrat d'agence serait contraire à l'article X.12 du CDE en ce qu'elle créerait un cas d'extinction du droit aux commissions non prévu par la loi, et donc illicite. Il paraît déraisonnable que des parties qui, comme nous le défendons plus haut, peuvent en principe se limiter à une commission à l'activation et exclure toute commission récurrente, ne pourraient pas prévoir qu'une commission récurrente, s'ils en prévoient une, cesse lors de la fin du contrat d'agence, mais telle semble pourtant être la logique de la loi.

12. La jurisprudence semble divisée sur la question de la limitation conventionnelle de la commission récurrente jusqu'à la fin du contrat d'agence. Dans deux cas d'agence commerciale en matière de fourniture de gaz et d'électricité, les cours d'appel de Bruxelles et de Liège ont rendu des décisions contradictoires. La cour d'appel de Bruxelles a accepté une telle clause dans un arrêt du 13 septembre 2016¹⁹, sans remettre en cause sa validité. La cour d'appel de Liège²⁰, quant à elle, adoptant apparemment la thèse du « contrat-cadre », a considéré que les consommations du client après la fin du contrat d'agence, même si elles avaient lieu dans le cadre du contrat conclu par l'entremise de l'agent, constituaient des commandes à part entière, et donc des « affaires » donnant lieu à des commissions si elles étaient conclues dans les 6 mois après la fin du contrat d'agence, en application de l'article X.9 du CDE. Soulignons que la cour d'appel de Liège a bien veillé à préciser que les contrats de fourniture d'électricité dont il s'agissait n'impliquaient aucune commande ferme de la part du consommateur, qui ne s'engageait à aucune consommation minimale. C'est, semble-t-il, cette particularité d'absence d'obligations lors de la conclusion du contrat qui a poussé la cour à qualifier les con-

¹⁷ M. VANSTEENBEECK, « De vergoeding van de handelsagent », in E. TERRY, W. DEVROE et B. KEIRSBILCK (eds.), *Economisch recht*, Themis school voor postacademische juridische vorming, Bruges, die Keure, 2015, p. 107.

¹⁸ A. DE THEUX, *Le statut européen de l'agent commercial*, Bruxelles, F.U.S.L., 1992, p. 121; P. DEMOLIN, « L'agence commerciale – Vie et fin du contrat », *G.U.J.E.*, 2005, Livre 75.1, p. 54.

¹⁹ Bruxelles, 17 septembre 2013, 2009/3368, www.go-dis.eu; M. Vansteenbeeck critique l'arrêt en notant que si l'on considère que les règles de la loi en matière de commissions sont impératives, il faudrait considérer une telle clause comme affectée de nullité relative.

²⁰ Liège (7^e ch.), 11 février 2016, *R.D.C.*, 2016, 678.

sommations ultérieures de « commandes » ou d'« affaires », donnant lieu à des commissions jusqu'à 6 mois après la fin du contrat, sans que les parties ne puissent y déroger. Il n'est donc pas certain que ce raisonnement s'applique à tous les contrats de type abonnement (téléphonie, télédistribution, ...) où, souvent, le client s'engage dès la conclusion du contrat à payer mensuellement un montant couvrant déjà une certaine consommation. Relevons encore que si le raisonnement développé par la cour d'appel de Liège a certes pour avantage de limiter à 6 mois après la fin du contrat d'agence la période durant laquelle un agent continuerait de percevoir des commissions récurrentes, il implique en outre que l'agent ayant apporté le contrat pourrait réclamer des commissions récurrentes indirectes de commandes ultérieures sur la consommation dudit client même si une telle commission n'est pas prévue au contrat.

Quoi qu'il en soit, compte tenu du texte de la loi et de l'incertitude sur l'attitude des tribunaux, il peut être conseillé, pour limiter la durée de la commission récurrente, de stipuler plutôt une limite absolue dans le temps (donc un pourcentage des revenus pendant un nombre maximum de mois), éventuellement assortie d'une autre limite, en fonction de la fin du contrat d'agence (p. ex.: pendant maximum 6 mois suivant la fin du contrat d'agence).

4.2. La reconduction tacite d'un contrat à prestations successives constitue-t-elle une nouvelle « affaire »?

13. Une question similaire se pose en matière de reconduction tacite de contrats à prestations successives. Imaginons un exemple dans lequel un client s'abonne auprès d'un four-

nisseur de gaz dans le cadre d'un contrat à durée déterminée avec clause de reconduction tacite. Faut-il payer une commission à l'agent lors de la reconduction du contrat? Formellement, la reconduction ou le renouvellement tacite fait naître un nouveau contrat, mais nous doutons que l'on puisse pour autant réellement parler d'une nouvelle « affaire conclue », précisément en raison du caractère tacite de l'opération. Dans un tel cas, il est plutôt question de la continuation d'une affaire initiale. A vrai dire, ni le commettant, ni le client ne font quoi que ce soit dans le cadre d'une telle reconduction, qui fait, en réalité, partie des conditions de l'« affaire » initiale négociée par l'agent. Le paiement impératif d'une commission indirecte au moment du renouvellement tacite ne se justifie donc pas à notre avis. Il serait d'ailleurs étonnant que la loi octroie des droits plus étendus à l'agent pour un abonnement tacitement reconduit (nouveau contrat) que pour un abonnement tacitement prorogé (même contrat) ou pour un abonnement de durée indéterminée. Dans les trois cas, le cours normal des choses est la continuité d'une relation contractuelle dont la conclusion initiale forme « l'affaire ». Les choses se présenteraient évidemment différemment si le renouvellement est négocié par un agent, ou si, lors du renouvellement, un service ou des fournitures autres seraient convenus.

Notons toutefois que dans la pratique la « commission récurrente » prévue au contrat n'est pas nécessairement limitée à la durée initiale de l'abonnement du client et s'applique donc souvent en cas de renouvellement. Les problèmes surgissent plutôt dans le cadre d'autres restrictions contractuelles à de telles commissions, comme la fin du contrat d'agence, évoquée ci-avant, ou l'intervention d'un autre agent, comme évoqué ci-après.

5. LE COMMETTANT PEUT-IL ÊTRE TENU DE RÉMUNÉRER PLUSIEURS AGENTS POUR UNE MÊME AFFAIRE?

14. Le paiement de commissions indirectes sur commandes ultérieures peut entraîner des conséquences parfois inattendues pour les commettants. Ainsi, par exemple, les commettants qui ont plusieurs agents mis en concurrence pourraient se retrouver à devoir payer deux fois des commissions sur la même affaire. Imaginons le cas suivant: l'agent X apporte un nouveau client, qui passe ensuite sa deuxième commande chez l'agent Y. Selon le texte de la loi, le commettant devra, sur cette seconde affaire, rémunérer l'agent Y (commission directe) et l'agent X (commission indirecte sur commande ultérieure). La loi règle l'hypothèse de la succession entre agents à la fin d'un contrat d'agence, en déterminant à qui revient la commission pour une affaire (art. X.10 CDE) mais ne règle pas l'hypothèse du partage des commissions dans le cas d'une pluralité d'agents concurrents. Cette situation n'est pourtant pas imaginaire. On songe à des secteurs qui font appel à une multitude d'agents pour la distri-

bution de services, comme par exemple les secteurs de l'énergie et des télécommunications. Imaginons l'agent A qui fait souscrire un abonnement à un nouveau client et un agent B qui parvient ensuite à placer un nouvel abonnement, ou une extension de l'abonnement existant auprès du même client. Le commettant devra rémunérer les deux agents pour ce nouvel abonnement (commission à l'activation). S'il fallait considérer de surcroît, comme le fait la cour d'appel de Liège, que chaque consommation est une nouvelle affaire, il devra en outre payer une commission récurrente sur ses revenus aux deux agents.

15. Une décision du 16 avril 2016 de la Cour de justice de l'Union européenne, l'arrêt *Marchon*²¹, pourrait également avoir pour conséquence d'accroître les commissions indirectes dues par le commettant. La commission indirecte sur commandes ultérieures est due à l'agent lorsque le client est

²¹ C.J.U.E. (4^e ch.), 7 avril 2016, C-315/14, *Marchon*, www.curia.eu.

un « tiers dont l'agent a obtenu antérieurement la clientèle pour des affaires similaires », ou, en d'autres termes, lorsqu'il s'agit d'un « nouveau client ». L'arrêt *Marchon* semble permettre une lecture très large de ce qu'est un nouveau client. Selon la Cour de justice « les clients apportés par l'agent commercial pour les marchandises qu'il est chargé par le commettant de vendre doivent être considérés comme de nouveaux clients [...] et ce alors même que ces clients entretenaient déjà des relations d'affaires avec ce commettant concernant d'autres marchandises, lorsque la vente, par cet agent, de premières marchandises a nécessité la mise en place d'une relation d'affaires spécifique ». Dans le cas soumis à la C.J.U.E., il s'agissait d'un commettant commercialisant différentes gammes de montures de lunettes. S'il est vrai que cet arrêt fut rendu en matière d'indemnité de clientèle, on voit mal en quoi le concept de « nouveau client » pourrait différer d'une disposition à l'autre de la même loi. Pour illustrer les risques liés à la nouvelle définition de ce qu'est un « nouveau client », imaginons la situation suivante. Le commettant vend deux gammes de produits semblables (p. ex. des montures de lunettes), ce qui donnera donc potentiellement lieu à la conclusion « d'affaires similaires » au sens de l'article X.8 du CDE. Il a trois agents concurrents. L'agent X parvient à placer une gamme chez un client, et l'agent Y parvient à placer l'autre gamme chez ce même client. Les deux agents ont donc apporté un « nouveau client » (en réalité unique) selon la jurisprudence *Marchon* de la C.J.U.E. Chaque commande ultérieure de ce client, placée chez le troisième agent Z donnera lieu au paiement d'une commission directe à Z, et de deux commissions indirectes puisque – l'unique – client est « nouveau » dans les deux gammes de produits, placées par les deux agents X et Y²². Il faut espérer que le commettant qui se retrouve dans cette situation bénéficie d'une marge suffisante pour absorber les commissions multiples à payer à ses agents. Même si le dernier exemple ci-dessus paraît saugrenu, on remarque néanmoins que les commissions indirectes peuvent mener à des situations particulièrement onéreuses pour les commettants, et certainement pour ceux qui n'ont rien prévu en matière de politique de rémunération visant à maintenir une charge de commissions constante au cas où un « partage » entre agents concurrents est imposé par la loi.

16. On peut se demander si la multiplication des commissions à payer à plusieurs agents sur une même affaire est vraiment une situation souhaitée par le législateur. Les travaux préparatoires indiquent en effet que les dispositions

concernant les commissions indirectes sur commandes ultérieures ont un but particulier:

« Cette disposition vise à récompenser l'agent qui a apporté un nouveau client et qui s'en verrait ensuite écarté sans juste motif. Elle s'avère particulièrement utile pour les agents qui n'ont pu obtenir les contrats d'agence que parce qu'ils étaient déjà bien introduits auprès d'un ou de plusieurs clients qu'ils avaient amenés au commettant. »²³.

L'idée du législateur était donc de soumettre le paiement de commissions indirectes sur commandes ultérieures à l'absence de « juste motif » pour l'écartement de l'agent. On note qu'il n'existe pas de réserve similaire dans les travaux parlementaires quant aux commissions indirectes d'exclusivité. Cette différence de traitement entre les deux types de commissions indirectes peut étonner, mais elle s'explique à notre avis par le fait que le législateur n'a pas eu l'intention d'inclure dans le champ d'application des dispositions concernant les commissions sur commandes ultérieures le cas de la concurrence entre agents ou entre agent et commettant, pour peu que cette concurrence soit loyale.

17. Il n'est pas évident de déterminer ce que sont de « justes motifs », ni à qui ces « justes motifs » doivent être imputables pour permettre de faire l'impasse sur les commissions indirectes sur commandes ultérieures. A vrai dire, concilier l'intention du législateur belge avec son obligation de transposer intégralement la directive sur les agents commerciaux pourrait également faire débat. On peut en effet se demander si la restriction du champ d'application de la commission indirecte voulue par le législateur est conciliable avec le principe de l'interprétation conforme aux directives des normes qui les transposent. Néanmoins, il reste que la volonté du législateur belge est apparemment de cantonner le paiement de commissions sur commandes ultérieures aux situations dans lesquelles l'agent est privé, à tort, et par le fait du commettant, de percevoir une commission directe.

La concurrence entre différents agents, ou entre un agent et son commettant, qui mène un client à être « infidèle » à l'agent apporteur, et ce sans intervention spécifique du commettant, constituent selon nous de « justes motifs » au refus du paiement d'une commission indirecte sur commandes ultérieures²⁴. Dans le cas contraire, cela reviendrait, comme relevé dans les exemples ci-dessus, à imposer au commettant le paiement de plusieurs commissions sur la même affaire, sans qu'il n'ait de responsabilité dans ce fait. Certains

²². Cet exemple deviendrait un problème quasiment insurmontable pour le commettant si, de surcroît, les gammes de produit concernées consistent en des produits de type abonnement et que la jurisprudence de la cour d'appel de Liège commentée ci-dessus concernant la problématique des contrats d'abonnement à prestations successives venait à s'appliquer. Nous laissons le soin au lecteur d'imaginer une situation dans laquelle (i) un même client pourrait être considéré comme « nouveau » au bénéfice de plusieurs agents, et (ii) ce même client, nouveau à de multiples titres, aurait souscrit plusieurs abonnements, donnant lieu à la conclusion d'une « nouvelle affaire » à chaque nouvelle consommation.

²³. Projet de loi et rapport de la Commission de la Justice, dit « Rapport Vandenberghe », *Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 355-1, p. 12.

²⁴. D'autres auteurs citent par exemple que serait qualifiable de « juste motif » le fait pour un agent de ne pas transmettre avec diligence les commandes au commettant; voy. Y. VAN COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij artikel X.7-15 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer, 2015, p. 13, note 8; A. HANSEBOUT, « De indirecte commissie op basis van het gebied van de agent », *R.A.B.G.*, 2010, p. 999.

auteurs ont déjà souligné le caractère inéquitable d'un double paiement de commissions²⁵. Eviter le double paiement de commissions dans le cas d'une concurrence entre agents est, selon nous, précisément l'objet de la réserve émise par le législateur. Il en irait différemment, évidemment, si le commettant pratiquait par exemple des tarifs différenciés en fonction du canal utilisé par le client. Dans un tel cas, il priverait sans juste motif, son agent apporteur du client de commissions directes.

18. L'absence, dans les travaux préparatoires, de restriction semblable du champ d'application des dispositions concernant les commissions indirectes d'exclusivité conforte la position prise ci-dessus. En effet, dans le cadre d'un critère objectif tel que celui d'une affaire conclue avec un client relevant d'un territoire ou d'un groupe déterminé réservé à l'agent, la question de la concurrence entre agents, et du risque de double paiement d'une commission, ne se pose pas, d'où l'absence de réserve quant à l'application généralisée de cette commission indirecte. On note d'ailleurs que dans le cas des commissions d'exclusivité, l'une des conditions nécessaires au paiement de telles commissions est l'intervention directe ou indirecte du commettant dans la conclusion de l'affaire réalisée dans le territoire ou le groupe en question²⁶. On ne voit pas pourquoi la question serait différente dans le cas des commissions indirectes sur commandes

ultérieures, en ce sens que cette commission indirecte ne devrait être due que lorsque le motif d'écartement de l'agent apporteur est dû à un comportement imputable au commettant. Certes, dans le cas d'une commission sur commandes ultérieures, le commettant « intervient » toujours, puisqu'il est la contrepartie au contrat négocié par les agents. Dans le cas de la commission sur commandes ultérieures, le critère de « l'intervention » du commettant doit être vu non pas au niveau de la conclusion de l'affaire, mais bien au niveau du motif (« juste » ou « pas juste ») pour lequel l'agent n'intervient plus auprès d'un client qu'il a apporté antérieurement.

19. En toute hypothèse, l'interprétation exacte des termes « affaires similaires » contenus dans l'article X.8 du CDE, mériterait d'être clarifiée. Il nous semble que pour éviter une interprétation déraisonnablement large des cas où une commission indirecte serait due, il s'impose de les interpréter restrictivement et de considérer qu'ils ne visent que des affaires « similaires », voire identiques, à celles dont l'agent est chargé. Dans l'exemple tiré de la jurisprudence *Marchon* de la C.J.U.E., une affaire « similaire » à celle dont était chargé l'agent ne serait donc que la vente de montures lunettes de marque X, telle que confiée à l'agent, et non pas la vente de lunettes en général. L'intérêt pratique de rédiger de manière précise (et restrictive) la clause d'objet du contrat d'agence saute aux yeux.

6. A PARTIR DE QUEL DEGRÉ D'EXCLUSIVITÉ DE L'AGENT LA COMMISSION INDIRECTE D'EXCLUSIVITÉ EST-ELLE DUE?

20. Les commissions indirectes d'exclusivité sont dues lorsque des affaires sont conclues sans intervention de l'agent, mais avec une intervention directe ou indirecte du commettant²⁷, dans un territoire ou une catégorie de clients (expressément) réservé à l'agent. Il est fréquent que le commettant se réserve contractuellement le droit d'agir directement sur le marché réservé à l'agent. On parle alors d'exclusivité « relative » de l'agent. La commission indirecte d'exclusivité reste-t-elle alors d'application? La réponse est affirmative à la lecture du texte français de l'article X.8, 3°, du CDE selon lequel il suffit que l'agent agisse « comme seul agent ». En cas d'exclusivité partagée avec le commettant lui-même, l'agent reste le « seul agent ». Le texte néerlandais de la loi est toutefois différent: il impose une commission indirecte non pas s'il est convenu que l'agent agira comme « *seul agent* » mais s'il est convenu que l'agent agira

« *seul* » (« *indien is overeengekomen dat de handelsagent alleen zal optreden in een bepaald gebied of bij een bepaalde groep personen* »), ce qui impliquerait que la commission n'est pas due en cas d'exclusivité relative. Il est toutefois généralement admis que le texte français reflète mieux la réelle intention du législateur, de sorte qu'une commission indirecte est due même en cas d'exclusivité relative²⁸. Notons qu'ici aussi le raisonnement de la cour d'appel de Liège en matière de contrats à prestations successives pourrait avoir des conséquences. Si l'on considère que chaque consommation est une nouvelle affaire, un commettant qui agirait directement dans un territoire réservé à un seul agent pourrait devoir payer non seulement une commission indirecte à la souscription de l'abonnement, mais également une commission indirecte lors de chaque commande, considérée comme une nouvelle affaire.

²⁵ Y. VAN COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij artikel X.7-15 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer, 2015, p. 15, note 3.

²⁶ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 17 janvier 2008, C-19/07, *Chevassus*, www.curia.eu.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ L. DU JARDIN, « Le nouveau régime de rémunération de l'agent commercial », *D.A. O.R.*, 1995, n° 36, p. 39; E. DURSIN et K. VAN DEN BROECK (eds.), *Handelsagentuur*, Gand, Mys & Breesch, 1997, p. 176; M. VANSTEENBEECK, « De vergoeding van de handelsagent », in E. TERRYIN, W. DEVROE et B. KEIRSBILCK (eds.), *Economisch recht*, Themis school voor postacademische juridische vorming, Bruges, die Keure, 2015, p. 103; voy. Y. VAN COUTER, F. PAUWELS et P. DE SMEDT, « Commentaar bij artikel X.7-15 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer, 2015, p. 15.

Il reste que tous les intermédiaires commerciaux ne sont pas des « agents ». Par exemple, un assureur peut avoir des agents et des courtiers, ou un commettant peut avoir des agents et des revendeurs. Qu'en est-il du « seul agent » dans un marché qu'il partage avec un autre type d'intermédiaire? La jurisprudence de la C.J.U.E. précise, dans l'arrêt *Chevassus*²⁹, que dans ce cas, seules les affaires conclues avec une « intervention directe ou indirecte du commettant » donneront lieu au paiement de commissions. On comprend en effet assez facilement que, lorsqu'un revendeur/concessionnaire réalise une (re)vente dans le territoire d'un agent, le commettant « n'intervient » pas directement ou indirectement dans

la conclusion de cette affaire, et qu'aucune commission ne sera donc due. Par contre, lorsqu'un autre type d'intermédiaire qui n'agit pas en son propre nom *et* pour son propre compte, tel un commissionnaire ou un courtier, conclut une affaire dans un segment réservé à un « seul agent », le risque de devoir rémunérer l'agent d'une commission indirecte existe, puisque, dans ce cas, le commettant intervient « directement ou indirectement » dans la conclusion de l'affaire. Il est donc conseillé aux commettants ayant plusieurs canaux de distribution de faire fi de toute forme d'exclusivité territoriale ou de clientèle accordée à leurs agents.

²⁹ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 17 janvier 2008, C-19/07, *Chevassus*, www.curia.eu.