

Avis n° 2023/19 du 3 novembre 2023

## **Commission d'arbitrage**

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

**Avis sur l'obligation d'assistance du franchiseur à l'égard de ses franchisés**

# 1 Introduction

La Commission d'arbitrage a été saisie par une organisation professionnelle de la question suivante : une société concluant avec une autre société un accord de partenariat commercial au sens de l'article I.11. 2° du Code de droit économique a-t-elle l'obligation de soutenir commercialement ou/et financièrement cette société en cas de situation imprévue mettant en danger la continuité de ladite société.

La question est posée dans le cadre de l'explosion imprévue des coûts de l'énergie et de l'indexation des salaires du personnel dans une période d'inflation importante.

De manière plus directe, la question posée a pour objet de vérifier si un franchiseur a l'obligation de fournir à son franchisé une assistance technique, commerciale ou financière pour éviter une poursuite d'activité déficitaire conduisant le franchisé à devoir arrêter son activité, éventuellement dans le cadre d'une procédure en faillite.

La Commission d'arbitrage, constituée en application de l'article X.34 du Code de droit économique, a pour mission d'émettre des avis sur l'interprétation et l'application de la législation sur l'information précontractuelle<sup>1</sup>. Le document d'information précontractuelle que doit communiquer le franchiseur au candidat franchisé doit mentionner notamment les obligations prévues dans l'accord de partenariat commercial et les conséquences de la non-réalisation des obligations<sup>2</sup>. C'est dans ce cadre que le présent avis est rendu puisqu'il concerne l'analyse de l'obligation d'assistance du franchiseur.

## 2 Avis de la Commission d'arbitrage

### 2.1 Rappel de la définition de partenariat commercial

L'article I.11.2° du Code de droit économique définit l'accord de partenariat commercial soumis à l'obligation d'information précontractuelle.

Il s'agit de l' « *accord conclu entre plusieurs personnes, par lequel une de ces personnes octroie à l'autre le droit d'utiliser lors de la vente de produits ou de la fourniture de services, une formule commerciale sous une ou plusieurs des formes suivantes :*

- *une enseigne commune;*
- *un nom commercial commun;*
- *un transfert d'un savoir-faire;*
- *une assistance commerciale ou technique »*

La Commission d'arbitrage renvoie à son avis n° 2014/14 du 12 septembre 2014 dans lequel elle a analysé la portée de la notion de formule commerciale.

---

<sup>1</sup> Voir l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> juillet 2006 créant la Commission d'arbitrage, article 2.

<sup>2</sup> Article X.28, §1<sup>er</sup>, 1°, b et c du Code de droit économique.

Il y a partenariat commercial au sens de l'article L.111.2° du Code de droit économique qui est soumis à l'obligation d'information précontractuelle si la formule commerciale est octroyée sous l'une des quatre formes énumérées par la loi. La formule commerciale peut revêtir quatre formes mais la présence d'une seule suffit pour qu'existe un partenariat commercial et que les dispositions relatives à l'information précontractuelle s'appliquent.

Tous les contrats de partenariat ne prévoient pas une assistance.

La réponse à la question de la portée de l'obligation d'assistance ne concerne que certains contrats de partenariat commercial, ceux qui prévoient cette assistance et plus particulièrement le contrat de franchise. L'avis porte donc uniquement sur ces contrats.

2.2 Quel type de clause d'assistance trouve-t-on habituellement dans les contrats de franchise?

La Commission d'arbitrage a analysé une série de contrats afin de vérifier les clauses d'assistance qui y figurent. Certains contrats sont muets sur l'obligation d'assistance, d'autres prévoient des clauses imprécises et minimalistes et d'autres enfin donnent plus de détails sur l'assistance promise par le franchiseur.

Cependant, aucun des contrats examinés ne prévoit des règles précises d'assistance ni une obligation d'assistance financière à charge du franchiseur.

2.3 Y a-t-il une définition légale de l'obligation d'assistance ?

De son côté, le Code de droit économique ne contient aucune disposition mettant une obligation d'assistance à charge du franchiseur.

Les lignes directrices du nouveau règlement européen sur les restrictions verticales<sup>3</sup> prévoient au point 85 que « *outre la licence de DPI<sup>4</sup>, le franchiseur fournit habituellement au franchisé une assistance commerciale ou technique pendant toute la durée de l'accord, telle que des services en matière d'approvisionnement, une formation, des conseils immobiliers et une planification financière. La licence et l'assistance fournie font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée* » ; au point 86, il est prévu que « *dans la plupart des accords de franchise, y compris les accords de franchise principale, le franchiseur fournit au franchisé des biens ou des services, notamment des services d'assistance commerciale ou technique* » ; au point 165, il est indiqué que « *outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé une assistance commerciale ou technique pendant la période d'application de l'accord. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale une redevance du franchisé pour l'utilisation de cette méthode commerciale* » ; le point 166 prévoit que *la franchise (à l'exception des accords de*

---

<sup>3</sup> Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 134, 11.5.2022, p. 4). Le Règlement entre en vigueur le 1er juin 2022, et expire le 31 mai 2034. Une période de transition avec l'ancien règlement d'exemption verticale est prévue jusqu'au 31 mai 2023. Lignes directrices de la Commission européenne du 28 juin 2022 :

[https://groupes.renater.fr/sympa/d\\_read/creda-concurrence/Doc/29juin2022/LignesDirectricesVerticales28juin2022.pdf](https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/Doc/29juin2022/LignesDirectricesVerticales28juin2022.pdf).

<sup>4</sup> Droits de propriété intellectuelle

*franchise industrielle) présente certaines caractéristiques spécifiques, telles que l'utilisation d'un nom commercial uniforme, des méthodes commerciales uniformes (y compris l'octroi de licences de DPI) et le paiement de redevances en échange des avantages accordés. Compte tenu de ces caractéristiques, les dispositions strictement nécessaires au fonctionnement des systèmes de franchise peuvent être considérées comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité. Il s'agit, par exemple, des restrictions qui empêchent le franchisé d'utiliser le savoir-faire et l'assistance fournis par le franchiseur au profit de ses concurrents et des obligations de non-concurrence relatives aux biens ou services achetés par le franchisé qui sont nécessaires au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. Dans ce dernier cas, la durée de l'obligation de non-concurrence est indifférente pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise<sup>5</sup>.*

Si les textes européens précisent que l'assistance est un des éléments constitutifs de la franchise, force est de constater que même ces textes européens ne donnent aucune précision sur ce que recouvre une éventuelle obligation d'assistance du franchiseur à l'égard du franchisé.

Pour déterminer la portée de cette obligation, il faut tenir compte de la définition du contrat de franchise et s'en référer aux dispositions contractuelles.

2.4 Il faut se fonder sur les dispositions contractuelles

La Commission d'Arbitrage rappelle que deux éléments caractérisent le contrat de franchise : il s'agit du savoir-faire et de l'assistance.

Le contrat de franchise scelle un accord aux termes duquel l'entreprise du franchiseur accorde à celle du franchisé le droit d'utiliser son enseigne et de réitérer son savoir-faire dans le but de distribuer des produits et/ou services en bénéficiant d'une formation initiale et d'une assistance technique et/ou commerciale tout au long du contrat.

Le savoir-faire du franchiseur doit donner un avantage concurrentiel au franchisé sur son marché grâce à l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et lui fait profiter de la réputation de l'enseigne.

Le franchisé s'engage donc à réitérer fidèlement le savoir-faire comme l'ensemble des autres franchisés membres du réseau créant ainsi l'unité du réseau afin de réaliser la promesse faite par l'enseigne au consommateur et de bénéficier de l'avantage concurrentiel.

Il est important de rappeler que la franchise est une manière d'exploiter un ensemble de connaissances qui permet à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire d'acquérir rapidement les aptitudes à exploiter un fonds de commerce dans un cadre normatif et de profiter immédiatement de l'avantage concurrentiel de l'enseigne.

Les contrats de franchise se différencient généralement en cela des contrats de concession de vente ou de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective, qui

---

<sup>5</sup> Il est fait référence à l'arrêt du 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, C-161/84, EU:C:1986:41, point 16.

n'appliquent pas des méthodes commerciales uniformes et ne comportent pas de paiements de redevances en contrepartie des avantages consentis.

Ainsi, la Cour de Justice de l'Union Européenne s'est attachée à vérifier la validité du contrat de franchise au regard des règles du droit de la concurrence du traité européen en retenant l'efficacité du savoir-faire du franchiseur et sa bonne réitération par le franchisé comme les éléments-clés de la franchise, justifiant ainsi de la licéité de ce type de contrats et de certaines de leurs clauses qui auraient pu être contestables sur le plan juridique dans un autre cadre contractuel.

Ces principes tirés de la jurisprudence PRONUPTIA ont été codifiés par les professionnels du secteur au niveau européen dès 1972, dans le cadre d'un Code de Déontologie de la franchise établi par l' « European Franchise Federation » (EFF), code qui a été mis à jour depuis et qui constitue les bonnes pratiques professionnelles.

Il faut souligner que ce Code de bonne conduite, repris et décliné au niveau national par la Fédération Belge de la Franchise s'impose à ses membres franchiseurs et sert de référence aux tribunaux pour apprécier, si besoin, les situations qui leur sont soumises.

L'obligation pour le franchiseur de transmettre son savoir-faire au franchisé nécessite donc qu'il lui fournisse une assistance technique et/ou commerciale tout au long de l'exécution du contrat de franchise et de contrôler que les normes liées à ce savoir-faire soient respectées par le franchisé afin de préserver l'identité et la réputation du réseau, élément-clé de la réussite du franchisé et du réseau auquel il appartient.

Ces éléments fondamentaux du contrat de franchise doivent être appréhendés dans le cadre d'un contexte normatif évolutif.

Face au devoir du franchisé d'assurer lui-même le succès et la rentabilité de son entreprise, il est judicieux de ne pas interférer dans la décision du franchiseur sur la manière d'assister son franchisé.

La franchise se caractérise par sa nature évolutive liée aux besoins d'anticipation et d'adaptation aux évolutions du marché. La stratégie des opérateurs de la franchise varie en fonction de ces notions pour optimiser le développement des réseaux sur leurs marchés.

C'est la raison pour laquelle le franchiseur doit favoriser un dialogue permanent et structuré entre son organisation et les franchisés et mettre en place des instances de concertation.

L'importance de ce dialogue constant entre franchiseur et franchisé est consacré dans les Annexes belges au Code de déontologie européen de la franchise rédigées par la Fédération belge de la Franchise : « 5. (...) *Le franchiseur doit favoriser un dialogue permanent et structuré entre son organisation et les franchisés en favorisant des instances de concertation. Le franchisé doit s'impliquer dans la vie du réseau et contribuer à l'intérêt général du réseau* ».

Le franchisé doit lui aussi s'impliquer dans la vie du réseau et contribuer à l'intérêt général du réseau.

Le franchiseur et les franchisés savent qu'ils collaborent dans un système où leurs intérêts sont liés, tant à court qu'à terme plus long.

La liberté contractuelle qui est la base de notre système juridique permet donc aux parties à un contrat de franchise de prévoir ce qu'ils souhaitent en ce qui concerne l'obligation d'assistance.

Si le contrat de franchise est la loi des parties, cela ne signifie bien entendu pas que le franchiseur peu scrupuleux ou négligent sera à l'abri d'une sanction s'il manque à ses obligations d'assistance envers ses franchisés.

Il sera, dans ce cadre, utile pour répondre à la question posée de vérifier au cas par cas si le franchiseur n'a pas accepté de souscrire une obligation d'assistance en acceptant d'adhérer au Code de déontologie européen de la franchise. Ce code prévoit qu'un franchiseur doit assurer la pérennité du réseau de franchise et assurer l'évolution du concept franchisé. Des instances de dialogue sont prévues ou devraient être prévues. Dès le moment où les circonstances économiques provoquent une mise en péril de tout ou partie des contrats de franchise en cours d'exécution et, finalement, du réseau lui-même, il est possible que l'obligation pour le franchiseur de prendre des mesures pour éviter les conséquences néfastes des circonstances économiques nouvelles puissent être qualifiées d'obligation d'assistance.

On pourrait aussi songer à se référer aux dispositions relatives à l'information précontractuelle prévues par le Titre 2 du Livre X du Code de droit économique. Le fait que la mention des charges figurant dans le document d'information contractuelle ne soit plus conforme à la réalité, vu le changement des circonstances économiques, ne pourra toutefois pas être considéré comme une faute du franchiseur dans la mesure où le montant de ces charges était conforme à la réalité lors de la communication du document d'information précontractuelle. Le droit commun comporte également les moyens nécessaires pour sanctionner la négligence ou la mauvaise foi de l'une ou l'autre partie.

2.5 Subsidiairement, application des principes généraux du droit des obligations

Reste alors à vérifier si les principes généraux du droit des obligations ne peuvent être invoqués pour imposer au franchiseur une obligation d'assistance dans ces cas.

2.5.1 La bonne foi et l'application des règles concernant l'imprévision

L'obligation d'exécution de bonne foi du contrat pourrait être soulevée<sup>6</sup>.

Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions domine toute la vie du contrat de partenariat commercial et s'applique aussi bien pendant la période précontractuelle (en tenant compte de la réglementation spéciale du Code de droit économique sur l'information précontractuelle)<sup>7</sup> que pendant l'exécution du contrat ou sa dissolution.

---

<sup>6</sup> Art. 1134 al. 3 du Code civil.

<sup>7</sup> Art. X. 26 à X.34 du CDE.

L'art.5.71 du nouveau Code civil<sup>8</sup> prévoit que le contrat oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée.

La jurisprudence française fournit des cas intéressants dont peuvent s'inspirer les praticiens belges.

C'est le cas de **l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 septembre 2017**<sup>9</sup>. Un franchiseur avait refusé son aide financière. La cour a décidé que le franchiseur avait manqué à son obligation d'aide et d'assistance à l'égard du franchisé rencontrant des difficultés. La Cour d'appel a jugé que :

*« S'il ne relève pas du franchiseur, dans l'hypothèse où le franchisé rencontre des difficultés financières, de s'immiscer dans la gestion du franchisé et s'il ne saurait être mis à la charge du franchiseur l'obligation d'indemniser le franchisé de son manque à gagner, ou de redresser l'entreprise, **la mauvaise foi caractérisée du franchiseur, qui refuserait obstinément d'aider son cocontractant à sortir de difficultés que le franchiseur aurait lui-même contribué à créer est de nature à engager sa responsabilité** ».*<sup>10</sup>

Par cet arrêt, la Cour d'appel a confirmé la tendance esquissée par la Haute juridiction en considérant que la mauvaise foi caractérisée de celui qui refuse obstinément d'aider son cocontractant à sortir de difficultés qu'il a lui-même contribué à créer peut engager sa responsabilité.<sup>11</sup> *In casu*, le franchiseur a contribué aux difficultés financières du franchisé par la pratique de prix discriminatoires par rapport à ceux consentis aux autres membres du réseau.

Par ailleurs, les nouvelles règles de l'article 5.74 du nouveau Code civil traitent du « Changement de circonstances » : chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger;
- 2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat;
- 3° ce changement n'est pas imputable au sens de l'article 5.225 au débiteur;

---

<sup>8</sup> Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil applicable le 1<sup>er</sup> janvier 2023. A noter que l'art. 64 de la loi prévoit que les dispositions du livre 5 du Code civil s'appliquent aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi et que sauf accord contraire des parties, elles ne s'appliquent pas et les règles antérieures demeurent applicables: 1° aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant l'entrée en vigueur de la présente loi; 2° par dérogation à l'alinéa 1er, aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi qui se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

<sup>9</sup> Cour d'appel, Paris le 27 septembre 2017 – n° 15/03296, [www.beta.lexis360.fr](http://www.beta.lexis360.fr).

<sup>10</sup> Cour d'appel, Paris le 27 septembre 2017 – n° 15/03296, [www.beta.lexis360.fr](http://www.beta.lexis360.fr).

<sup>11</sup> L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique : Tome 2 : Droit de la distribution*, Paris, LawLex, 2020, 909.

- 4° le débiteur n'a pas assumé ce risque;
- 5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité.

Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des négociations. En cas de refus ou d'échec des négociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé.

Il ne s'agit pas ici de la mise en œuvre de l'assistance du franchiseur mais d'une négociation du contrat, ce qui peut toutefois avoir un résultat similaire.

Le changement de circonstances revêt une importance particulière dans le cadre d'un contrat de franchise qui, par sa nature même, suppose une relation de long terme et se caractérise par la proximité des parties au sein du réseau et son caractère nécessairement évolutif.

Celui qui invoque un changement de circonstance doit montrer que ce changement est imprévu. Cela suppose non seulement que les circonstances aient changé après la conclusion de l'accord, mais également que le changement n'était pas prévisible au moment de la conclusion de l'accord.

Cette appréciation de l'éventualité doit s'apprécier de manière raisonnable et à la lumière de la conduite d'une personne normalement prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances.

Ainsi, si le franchisé ne pouvait pas raisonnablement prévoir la pandémie de coronavirus en janvier 2020 ou la hausse des prix de l'énergie en janvier 2022, ce ne sera plus le cas respectivement en août 2020 et novembre 2022 lorsque ces circonstances seront connues. De même, ce qui est imprévisible pour le consommateur ordinaire ne le sera pas forcément pour un franchisé professionnel.

On rappellera encore que l'obligation des parties, et plus particulièrement celle du franchiseur, est une obligation de moyens, et que le franchisé est un commerçant indépendant, responsable de sa gestion.

La négociation des conditions du contrat en cas de changement de circonstances constitue un moyen important pour le franchisé de faire face à une situation telle que celle visée dans la question posée à la Commission d'Arbitrage (« *l'explosion imprévue des coûts de l'énergie et de l'indexation des salaires du personnel dans une période d'inflation importante* »).

Il faut toutefois relever deux limites :

Premièrement, l'article 5.74. du Code civil ne s'applique qu'aux contrats conclus à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2023 (voir supra, note subpaginale 8).

Deuxièmement, il se déduit de la 5ème condition que le mécanisme de révision est supplétif. Ce caractère supplétif concerne tant le principe même de la révision que ses modalités : les parties au contrat peuvent soit supprimer purement et simplement la révision ou la modaliser (Travaux parlementaire, Proposition de livre 5, 55-1806/1, page 85).

Il faut examiner *in concreto* ce que prévoit la clause du contrat et si elle permet au franchisé de renégocier le contrat.

Les premiers commentateurs du texte voient deux tempéraments possibles à une clause qui supprimerait ou limiterait le droit de demander la renégociation du contrat : l'abus de droit et la législation sur les clauses abusives (en ce sens J. Van Zuylen, Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat, Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats, Larcier, 2022, p. 311).

Les règles sur l'imprévision sont déjà connues depuis longtemps en France. Il en avait été fait application dans un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 2017.<sup>12</sup> Dans cet arrêt, la Cour de cassation française applique la doctrine de l'imprévision et introduit par anticipation l'ordonnance de réforme du droit des contrats. On peut citer en ce sens un arrêt rendu par la chambre commerciale le 15 mars 2017 qui a jugé que,

*« après avoir relevé que le plan de développement convenu ne pouvait être réalisé qu'avec la **collaboration étroite et loyale des parties** et que l'ouverture de nouveaux magasins sous franchise restait nécessairement associée à la réussite des exploitations, la société Holder, franchiseur, ayant le pouvoir de vérifier les conditions d'implantation à cette fin et de refuser un projet, s'il ne répondait pas à cet objectif, la cour d'appel, sans obliger la société Holder à renégocier le protocole, a pu retenir que la loyauté imposait de négocier, si le **protocole d'accord s'avérait difficilement réalisable, et de proposer des conditions acceptables** ».*<sup>13</sup>

La Cour de cassation a donc estimé que le franchiseur est tenu, lorsque les obligations nées du contrat impliquent une collaboration étroite et loyale, de négocier avec le franchisé si le plan de développement prévu s'avère difficilement réalisable et proposer des conditions acceptables.<sup>14</sup>

## 2.5.2 Le cadre législatif de la loi B2B

L'application de la législation des clauses abusives dans les relations B2B pourrait permettre de demander la nullité de la clause qui restreint ou exclu le droit de demander la renégociation du contrat.

Les dispositions relatives aux clauses abusives en B2B (articles VI 91/1 à VI 91/10) ont été insérées dans le Code de droit économique (CDE) par la loi du 4 avril 2019.

Une clause qui écarterait ou limiterait le droit de demander la renégociation du contrat ne paraît pouvoir être qualifiée de clause noire (clause présumée abusive de manière

---

<sup>12</sup> Cass (FR) le 15 mars 2017, n°15-16.406, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>13</sup> Cass (FR) le 15 mars 2017, n°15-16.406, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>14</sup> L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique : Tome 2 : Droit de la distribution*, Paris, LawLex, 2020, 909.

irréfragable - art VI.91/4 CDE) ou de clause grise (clause présumée abusive sauf preuve contraire - art VI.91/4 CDE).

Il faudra donc se référer à la définition générale de la clause abusive donnée par l'article VI.91/3 §1 : « *Toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties.* »

L'article VI.91/3 §2 donne une règle pour apprécier le caractère abusif d'une clause : « *Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI.91/2, alinéa 1<sup>er</sup>* »

L'article VI.91/3 §2 dernier paragraphe prévoit deux limites à l'examen du caractère abusif d'une clause : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.* »

Il faudra analyser concrètement chaque clause à la lumière de ces définitions pour le cas échéant qualifier d'abusives ces clauses excluant ou limitant l'application de l'article 5.74 du Code civil.

L'abus de droit pourrait également être opposé au cocontractant qui se retranche de manière abusive derrière la clause excluant ou limitant la révision afin de finalement permettre l'application de l'article 5.74 du Code civil.

Il est d'abord référé à l'article 1.10 du Code Civil qui définit depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023 l'abus de droit

*« Nul ne peut abuser de son droit. Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances. La sanction d'un tel abus consiste en la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage que l'abus a causé. »*

L'abus de droit a été précisé par la Cour de Cassation, notamment dans son arrêt du 19 décembre 2019, comme « l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice de ce droit par une personne prudente. C'est le cas, par exemple, lorsque le préjudice causé est disproportionné par rapport au bénéfice que le titulaire du droit recherche ou a obtenu. Dans l'appréciation des intérêts en jeu, le tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire. »

Quant à la sanction de l'abus, on se référera à l'arrêt du 2 février 2018 de la Cour de Cassation selon lequel « *La sanction en cas d'abus de droit lors de l'exercice de droits*

*contractuels consiste à imposer l'exercice normal de ces droits ou à réparer le dommage résultant de cet abus. Lorsque l'exercice abusif de droits concerne l'application d'une clause contractuelle, la réparation peut consister à priver le créancier du droit de se prévaloir de la clause. »*

Ici aussi, c'est l'analyse concrète de la situation des parties qui permettra de conclure ou non à l'abus de droit.

Dans ces deux hypothèses (exécution de bonne foi et changement de circonstances), l'appréciation du juge sera essentielle et donc une certaine incertitude existera en cas d'échec des négociations.

## 2.6 Impact de l'intervention financière donné par le franchiseur dans le cadre d'une coopération commerciale

Au-delà de l'analyse juridique concernant l'obligation légale pour un franchiseur d'assister le franchisé, il est constaté que dans certains secteurs d'activités, le franchiseur intervient régulièrement dans le financement de l'activité du franchisé et ce sous différentes formes :

- Au début d'une installation avec une aide financière importante pour installer le magasin. Ce financement fait objet d'un accord parfois séparé et est souvent conditionné à la fidélité du franchisé au concept
- Lors de l'exécution du contrat de franchise quand des nouveaux investissements ou un remodeling s'imposent
- De manière générale en octroyant des facilités de crédit fournisseur importantes
- Récemment encore des franchiseurs ont proposé des financements pour des projets pour rendre plus durables (énergie) les magasins.
- ...

La pratique du financement dans certains secteurs est probablement née du fait que les franchisés ont moins de capacités de se financer auprès des banques qui sont de manière générale plus récalcitrantes à soutenir des franchisés et ce certainement dans des secteurs à risque.

Le financement par le franchiseur est à double tranchant :

- D'un côté le financement permet au franchisé de continuer à exploiter et d'investir dans son magasin
- De l'autre côté ce financement rend le franchisé encore plus dépendant de l'aide du franchiseur qui lui peut demander de se conformer et d'acquiescer à des demandes du franchiseur qui ne sont pas toujours au bénéfice de l'indépendant

Si l'assistance financière n'est pas décrite dans un texte de loi ou un code déontologique il doit être constaté que le financement continu existe dans des réseaux de franchise.

La question se pose alors dans ces cas d'espèce de savoir si le franchiseur n'est pas obligé d'aider les franchisés à passer le cap de moments de crises afin d'absorber des chocs

économiques comme la crise énergétique. Ceci pourrait signifier un refinancement, une suspension temporaire de paiements, une aide complémentaire,...

En tout état de cause, les principes de la bonne foi, comme exposé sous le point 2.4 et suivants, requièrent que le franchiseur qui s'est engagé dans un financement vis-à-vis de son franchisé doit être particulièrement attentif à ne pas se désolidariser de ses engagements financiers sous lesquelles le franchisé a décidé d'entamer ou de poursuivre ses activités.

## 2.7 Conclusion

La Commission d'arbitrage ne peut répondre qu'il existerait, pour tous contrats prévoyant une assistance, l'obligation de soutenir commercialement ou/et financièrement le cocontractant en cas de situation imprévue mettant en danger la continuité de ce dernier.

Pour dire si une telle obligation d'assistance existe dans le cas d'espèce tel que repris dans la question posée, il faut procéder au cas par cas à l'examen d'une part des clauses du contrat prévoyant une assistance et d'autre part à l'application au cas d'espèce du droit des obligations.

Comme dans tous les contrats les parties doivent respecter les principes de bonne foi et essayer de passer des moments de crise. Et, davantage que dans d'autres contrats, dans un contrat de franchise, on peut considérer que l'existence même de l'obligation d'assistance implique un devoir de bonne foi « renforcé ».

Si le franchiseur s'est engagé à financer son franchisé sous quelle forme que ce soit, le franchiseur doit d'autant plus veiller à respecter le principe de la bonne foi dans le cadre de leur coopération commerciale.