

## **Commission d'arbitrage**

Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial.

### **Avis relatif aux clauses des contrats de partenariat commercial susceptibles de constituer un obstacle à la sortie d'un réseau de distribution et d'entraîner une augmentation des prix de vente aux consommateurs**

Au terme de l'analyse à laquelle la Commission d'arbitrage a travaillé figurant en annexe du présent avis, il est apparu que de nombreuses pratiques contractuelles mises en œuvre dans les relations entre franchiseur et franchisé ont été mises en relief.

Cependant, l'analyse de ces clauses tant au regard du droit belge qu'au regard du droit européen révèle qu'elles sont licites si elles respectent les limites imposées par le droit de la concurrence (limitation dans le temps et dans l'espace). Le droit de la concurrence prévoit d'ailleurs expressément que plusieurs de ces clauses (les clauses de non concurrence et les clauses relatives à la durée des contrats) sont justifiées et permettent de mieux assurer la concurrence entre les réseaux de distribution.

#### **1. Obstacle à la sortie du réseau**

Dans les réseaux où la concurrence est forte (exemples : alimentation, restauration rapide, coiffure, vente de cuisines, etc...), on doit admettre qu'il est essentiel, aussi

bien pour le franchiseur que pour le franchisé, de prévoir certaines clauses qui empêchent un franchisé de migrer trop facilement vers un réseau concurrent : à défaut, le réseau lui-même pourrait être mis en danger par le retrait de franchisés au profit de concurrents n'hésitant pas à attirer ces franchisés par des conditions apparemment très avantageuses mais qui se révèlent vite peu intéressantes.

L'instabilité d'un réseau n'est avantageuse pour personne : ni le franchiseur qui voit son travail capté par un concurrent, ni le franchisé qui est victime de la fragilité du réseau où il est partenaire, ni le consommateur qui est alors victime d'une situation de diminution de concurrence et qui en paye les conséquences. Interdire à un franchiseur de protéger son réseau par des moyens juridiques efficaces serait donc une erreur pour tous.

Un membre de la Commission (Unizo) estime que pour les clauses où il a émis des réserves, à savoir l'existence de la multiplicité des contrats liant le franchisé à son réseau et le décalage de leurs échéances, la clause de non-concurrence post-contractuelle et la clause qui définit à l'avance le prix de cession sans référence à la valeur du marché, elles constituent un frein pour le franchisé de quitter son réseau et que la mobilité entre les réseaux concurrents s'en trouve affaiblie.

## **2. Impact sur les prix**

Dans un contexte de niveaux plus élevés des prix dans les supermarchés en Belgique par rapport à ceux pratiqués dans les pays voisins, ces clauses n'ont aucune influence.

---

**Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial**

**Demande d'avis à la Commission d'arbitrage**

**Des dispositions contractuelles constitutives d'obstacles à la sortie d'un réseau de distribution existent-elles dans les contrats de partenariat commercial ? Si oui, sont-elles justifiées ? Si oui, sont-elles à l'origine de prix élevés dans les supermarchés en Belgique ?**

*Document de travail établi par Maître Pierre Demolin, Président de la Commission d'arbitrage, pour permettre à la Commission d'arbitrage de se concerter et de donner un avis à Monsieur le Ministre Vande Lanotte suite à sa demande du 22 juin 2012. Ce document n'engage pas la Commission d'arbitrage. Seul l'avis de la Commission d'arbitrage dont ce document de travail figure en annexe l'engage.*

## Table des matières

1.	La durée importante des engagements souscrits .....	8
A.	Analyse juridique de la durée des contrats de franchise en droit belge.....	8
1)	Fixation de la durée du contrat de partenariat commercial : un nécessaire équilibre entre différents intérêts .....	9
2)	L'analyse juridique de la durée du contrat de partenariat commercial en lien avec le Règlement CE n° 330/2010 .....	10
3)	L'analyse juridique de la durée du contrat de partenariat commercial en lien avec le droit belge de la concurrence .....	12
B.	Résultats de l'instruction menée en Belgique.....	13
C.	Conclusions.....	15
2.	La multiplicité des contrats liant l'affilié à son réseau et le décalage de leurs échéances .....	15
A.	Analyse juridique de la multiplicité de contrats en droit belge .....	15
1)	La problématique liée au contrat de bail commercial.....	15
a.	Les différents cas de figure.....	16
b.	La position de la jurisprudence sur le sort du bail commercial conclu avec le franchiseur en cas de rupture du contrat de franchise .....	18
2)	La problématique liée au contrat de location-gérance .....	19
B.	Résultats de l'instruction menée en Belgique.....	20
1)	En matière de bail commercial .....	20
2)	En matière de location gérance.....	21
C.	Conclusions .....	22
3.	Les clauses de non-concurrence et de non-affiliation post-contractuelles .....	23
1)	L'équilibre entre protection du savoir-faire et liberté du commerce .....	23
2)	Le régime juridique de la clause de non-concurrence post-contractuelle .....	24
3)	La différence entre clause de non-concurrence et de non-réaffiliation .....	25
B.	Résultats de l'instruction menée en Belgique.....	26

C. Conclusions .....	27
4. Le droit de priorité sur la cession du fonds de commerce au profit du franchiseur.....	28
A. Analyse juridique du droit de priorité au profit du franchiseur lors de la cession du fonds de commerce franchisé en Belgique .....	28
1) Régime juridique des droits de priorité au profit du franchiseur en droit belge .....	28
2) Analyse concurrentielle du droit de priorité du franchiseur .....	30
B. Résultats de l’instruction menée en Belgique.....	311
C. Conclusions .....	32
5. La clause d’agrément au bénéfice du franchiseur en cas de cession du contrat par le franchisé	333
A. Analyse juridique des clauses d’agrément en droit belge .....	33
1) Le caractère intuitu personae du contrat de franchise.....	33
2) La limite de la clause d’agrément : l’abus de droit.....	34
B. Résultats de l’instruction menée en Belgique.....	34
C. Conclusions .....	35
6. La clause pénale et la clause de dédit pour résiliation anticipée du contrat .....	35
A. Analyse juridique de la clause pénale pour rupture anticipée en droit belge .....	36
B. Résultats de l’instruction menée en Belgique.....	37
C. Conclusions .....	38
7. L’obligation de restitution en fin de contrat des aides commerciales accordées par le franchiseur .....	39
A. Analyse juridique .....	39
B. Résultats de l’instruction menée en Belgique .....	40
C. Conclusions .....	40
8. La perte du droit aux ristournes de fin d’année.....	41
A. Analyse juridique des ristournes de fin d’année en droit belge .....	41
B. L’exemple jurisprudentiel de la perte par le franchisé de son droit aux ristournes de fin d’année .....	42
C. Conclusions .....	43
9. Les droits d’entrée payables à l’échéance du contrat de franchise .....	43
A. Analyse juridique du droit d’entrée en droit belge.....	44
B. Résultat de l’instruction menée en Belgique .....	444

C. Conclusions .....	45
10. Le sort des stocks à la fin du contrat de franchise .....	45
A. Régime juridique du sort des stocks en fin de contrat .....	45
1) En présence d'une clause contractuelle .....	46
2) En l'absence de prévision contractuelle .....	47
B. Résultat de l'instruction menée en Belgique .....	48
C. Conclusion .....	51

## **Introduction**

L'ensemble du présent document utilise les termes de « franchiseur » et de « franchisé » dans un souci de plus facile lisibilité, ce qui correspond aux notions de « personne qui octroie le droit d'utiliser une formule de partenariat commercial » et « personne qui obtient le droit d'utiliser une formule de partenariat commercial ».

Un franchisé peut être amené, un jour ou l'autre, à quitter le réseau de franchise dans lequel il a opéré plus ou moins longtemps, en rompant, amiablement ou non, les relations contractuelles nouées avec son franchiseur ou en arrivant au terme de son contrat à durée déterminée. Hormis la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, le contrat de franchise n'est réglementé par aucune loi particulière en Belgique. Considéré en droit belge comme un contrat innomé, le contrat de franchise peut se définir comme « un contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise, dénommée le franchiseur, confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées franchisées, le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables »<sup>1</sup>. En l'absence de disposition légale, le contrat de franchise est exécuté selon les termes convenus entre les parties lors de sa conclusion, conformément au principe de liberté contractuelle posé par le Code civil (article 1134) et dans le respect du droit commun des contrats.

Depuis les années 1970-80, le secteur de la franchise connaît un important développement en Belgique. En 2013, la Fédération Belge de la Franchise (FBF) estime que le nombre de réseaux de franchise est de l'ordre de 300 et le nombre de franchisés, de l'ordre de 6 000 dans notre pays.

Un rapport intitulé « Niveau de prix dans les supermarchés en Belgique » a été publié par la Direction générale de la Concurrence du SPF Economie au mois de février 2012. L'étude a révélé que des produits identiques seraient plus chers en Belgique que chez nos voisins, le différentiel s'élèverait en moyenne à 7 % par rapport à la France, et à quelque 10 % par rapport à l'Allemagne et aux Pays-Bas. Parmi les différents facteurs susceptibles d'expliquer ce phénomène, le rapport considère qu'une série de législations rendraient la sortie du marché ou la restructuration de l'offre relativement complexe en Belgique. A ce titre, il relève que les contrats de partenariat entre les supermarchés indépendants franchisés et les enseignes qu'ils représentent ne permettraient généralement pas aux indépendants franchisés de changer facilement d'enseigne.

---

<sup>1</sup> J.-M. LELOUP, *La franchise, droit et pratique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, Encyclopédie Delmas, 2000, p. 11.

Sur base de notre pratique quotidienne du droit de la distribution commerciale, nous avons recherché si des verrous contractuels sont utilisés dans les contrats de franchise en Belgique, empêchant les commerçants affiliés de changer d'enseigne et ainsi de faire jouer la concurrence sur les prix.

En vue de la réalisation de cette étude, nous avons procédé à une recherche documentaire parmi différents contrats de franchise. L'instruction a été menée sur vingt-deux contrats de franchise conclus en Belgique. Ce panel recouvre des domaines très variés de la franchise, tant de distribution de produits que de services : prêt-à-porter, bien-être, coiffure, maroquinerie, matériel multimédia, bricolage, restauration, services immobiliers, grande distribution alimentaire, etc.

Il est à noter que le présent document de travail se base sur les conclusions de l'auteur de la présente étude et que la Commission d'arbitrage n'a pas analysé elle-même les contrats commentés ci-après.

## **1. La durée importante des engagements souscrits**

### **A. Analyse juridique de la durée des contrats de franchise en droit belge**

En droit belge, il n'existe aucune contrainte légale fixant la durée d'un contrat de franchise. Conformément au principe de l'autonomie de la volonté posé à l'article 1134 du Code civil, les parties sont donc libres de déterminer la durée de leur partenariat commercial comme elles l'entendent.

Une enquête française réalisée en 1986 par le Centre d'Etudes du Commerce et de la Distribution<sup>2</sup> a montré que dans 99 % des cas, les contrats de franchise étaient établis à durée déterminée.

Cependant, le contrat de franchise se conçoit généralement comme un partenariat à long terme. D'un côté, le franchiseur a souvent dû mettre au point une procédure de sélection longue et délicate avant de proposer à un candidat-franchisé de s'affilier à son réseau : étude de marché, obtention d'autorisations administratives, formation, aide à l'installation, etc. De l'autre côté, le franchisé accepte de développer l'exploitation de son point de vente selon le concept et sous l'enseigne du franchiseur, et « *une telle démarche n'aurait aucun sens si elle était faite à court terme* »<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> A. LOMBART et D. SERVAIS, *Le tour de la franchise en 60 questions*, Liège, Éditions des Chambres de Commerce et d'Industrie de Wallonie, 2006, p. 208.

<sup>3</sup> A. LOMBART et D. SERVAIS, *op. cit.*, p. 208.



Il convient donc de trouver un équilibre entre ces deux considérations : ni trop long, ni trop court, en tenant compte des spécificités du contrat de franchise concerné (l'importance des investissements notamment).

1) Fixation de la durée du contrat de partenariat commercial : un nécessaire équilibre entre différents intérêts

D'une part, il est de l'intérêt du franchisé que la durée contractuelle soit suffisamment longue, et ce à deux égards. D'abord, celle-ci est nécessaire pour permettre au franchisé de rentabiliser les investissements qu'il a effectués. En effet, lors de son installation, il doit parfois réaliser de lourds investissements pour mettre son point de vente aux normes du franchiseur et l'exploiter selon le concept de celui-ci. En cours d'exécution du contrat, le franchisé peut également être amené à effectuer de nouvelles dépenses de façon périodique, aux fins de rénovation de son point de vente ou d'adaptation aux évolutions du savoir-faire de son franchiseur. Il doit donc pouvoir compter sur une durée contractuelle relativement longue, lui permettant d'amortir ces investissements. De cette manière, plus les investissements sont lourds, plus la durée du contrat devra être longue. Ensuite, une relation de longue durée est un gage de sécurité pour les établissements bancaires prêtant leur concours au franchisé. Ainsi, les banquiers auront tendance à exiger, pour l'octroi d'un crédit, que le contrat de franchise soit au moins d'une durée aussi longue que la durée de remboursement des crédits qui seront consentis.

D'autre part, une durée trop longue pose un problème quant à la liberté de résiliation du franchisé, notamment en présence d'une clause pénale pour résiliation anticipée (*infra*, 6). Si une telle clause est présente dans un contrat de franchise d'une durée trop longue, le franchisé souhaitant quitter le réseau se trouve face à un choix difficile : attendre pendant une durée peut-être encore longue la fin naturelle du contrat ou monnayer sa sortie anticipée au tarif prévu par la clause pénale pour résiliation anticipée. Il pourrait alors être dissuadé de rompre son contrat de franchise.

Enfin, la durée du contrat de franchise doit également être appréciée en tenant compte de la durée d'autres engagements accessoires pris par le franchisé, dont le bail commercial (*infra*, 2). La durée de ce contrat, nécessaire au franchisé n'étant ni propriétaire du foncier commercial, ni locataire-gérant d'un fonds de commerce, est quant à elle fixée de manière impérative par l'article 3 de la loi du 30 avril 1951 sur

les baux commerciaux<sup>4</sup>. Celle-ci prévoit que le bail commercial est conclu pour une durée minimum de neuf ans et que le preneur a la faculté de résilier le bail tous les trois ans moyennant un préavis de six mois avant l'échéance triennale et d'en demander le renouvellement par notification au bailleur dix-huit mois au plus et quinze mois au moins avant l'expiration du bail. Des exceptions à ces durées sont prévues par la loi, notamment quand le bailleur vend son bien ou quand le bail est un bail de sous-location.

## 2) L'analyse juridique de la durée du contrat de partenariat commercial en lien avec le Règlement CE n°330/2010

L'analyse de la durée du contrat de distribution doit être faite en tenant compte de la relation d'exclusivité, ou de quasi exclusivité, d'approvisionnement entre le franchiseur et le franchisé au regard du droit européen de la concurrence.

L'article 101, §1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), anciennement article 81, §1, du Traité de Rome (TCE) interdit « *tout accord entre entreprises [...] ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur* ».

Le Règlement d'exemption n°330/2010 du 20 avril 2010, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010, vise tous les accords entre entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution et dont l'objet est l'achat, la vente ou la revente de certains biens et services.

Pour être conforme au droit de la concurrence et bénéficier de l'exemption par catégorie, l'accord vertical doit :

- ne pas inclure de restrictions en matière de fixation des prix et d'autres restrictions de concurrence caractérisées ;
- ne pas concerner un réseau de distribution dans lequel tant le producteur que le distributeur disposent d'une part de marché supérieure à 30 %.

La clause d'approvisionnement exclusif n'est pas expressément visée par le Règlement n° 330/2010 de la Commission, mais entre dans la catégorie des obligations de non-concurrence définie à l'article 1, d), comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation* »

---

<sup>4</sup> Loi du 30 avril 1951 reprise au Livre III, Titre VIII, Chapitre II, Section 2 bis du Code civil : Des règles particulières aux baux commerciaux.

*d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens ou en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur du volume d'achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente* ». A cet égard, l'article 5, 1°, a), du Règlement dispose que toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ne peut être exemptée. In fine, il est précisé qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.

Ainsi, la clause stipulant une obligation pour le franchisé de s'approvisionner uniquement auprès de son franchiseur, ou de fournisseurs désignés par lui pour plus de 80% de ses achats annuels est anti concurrentielle lorsqu'elle dépasse cinq ans, à moins que le franchisé travaille dans des locaux dont le franchiseur est propriétaire ou qu'il loue à des tiers (article 5, 2°, du Règlement).

La clause d'approvisionnement exclusif est qualifiée par la Commission européenne de « *restriction exclue* ». Cette qualification signifie que la présence d'une telle clause ne remet pas en cause la validité du reste du contrat au regard du droit de la concurrence.

Il existe cependant une exception au principe d'interdiction des clauses d'approvisionnement exclusif d'une durée supérieure à 5 ans. Dans une Communication du 22 décembre 2001<sup>5</sup>, la Commission européenne a déterminé un seuil de sensibilité : la notion d'accords d'importance mineure ou « *de minimis* ». Le texte prévoit que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre Etats membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, § 1, du TFUE si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord est inférieure à 15%. Ces accords échappent en principe aux sanctions de l'article 101, §1, du Traité sous réserve toutefois de ne contenir aucune restriction caractérisée.

En pratique, les relations commerciales entre un franchiseur et ses franchisés sont souvent caractérisées par un approvisionnement exclusif ou quasi exclusif par les franchisés auprès de leur franchiseur, ou par le biais de sa centrale d'achat ou de référencement. Comme il est expliqué au chapitre 8 du présent rapport, le franchiseur incite fréquemment ses franchisés à s'approvisionner auprès de lui, de sa centrale d'achat ou des fournisseurs ou centrales d'achat qu'il a agréés, par le biais de réductions de prix ou ristournes de fin d'année, calculées sur le montant des commandes passées dans ce cadre.

Afin de juger de la validité de la clause d'approvisionnement exclusif au regard du droit européen de la concurrence, une appréciation *in concreto* doit être faite. Il

---

<sup>5</sup> Commun. Comm. CE n°2001-C 368-07 du 22 décembre 2001.

convient de rechercher d'une part si la clause entre dans la catégorie des obligations de non concurrence définie par le Règlement, et d'autre part d'évaluer la part de marché des parties à l'accord.

La plupart des contrats de franchise analysés concerne des entreprises ayant une part de marché relativement faible. Les clauses d'approvisionnement exclusif qu'ils contiennent ne sauraient donc être automatiquement considérées comme contraires au droit européen de la concurrence.

### 3) L'analyse juridique de la durée du contrat de partenariat commercial en lien avec le droit belge de la concurrence

Le législateur belge a consacré le principe de l'interdiction des accords anticoncurrentiels dans la loi coordonnée sur la protection de la concurrence économique (LPCE) du 15 septembre 2006. Son article 2, § 1, prévoit que :

*« Sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à [...] : 3° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ; »*

L'article précité de la loi sur la protection de la concurrence économique est quasi identique à l'article 101, TFUE, de manière telle que « c'est par « référence aux instruments législatifs européens et autres lignes directrices, ainsi qu'à la jurisprudence de la Commission et de la Cour de Justice » qu'il y a lieu de les appliquer »<sup>6</sup>.

De plus, en vertu de l'article 5 de LPCE, le règlement n° 330/2010 et les lignes directrices font « partie intégrante du droit belge de la concurrence, de sorte qu'ils sont pertinents même en l'absence d'affectation du commerce entre Etats membres »<sup>7</sup> (critère essentiel d'applicabilité du droit européen de la concurrence). Il convient donc d'appliquer les règles du droit belge de la concurrence à la lumière de l'application des règles du droit européen de la concurrence<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> D. GERARD, *Le nouveau droit belge de la concurrence*, Liège, Anthémis, 2011, p.12

<sup>7</sup> D. GERARD, *op. cit.*, p.36.

<sup>8</sup> Voir également : Projet de loi sur la protection économique de concurrence économique, Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repre., sess. Ord. 2005-2006, n°2180/001, p. 41.

## B. Résultats de l'instruction menée en Belgique

Parmi les vingt-deux contrats de franchise étudiés, seuls deux d'entre eux sont conclus pour une durée indéterminée. Hormis un contrat de franchise d'une durée de 3 ans, tous les autres contrats analysés sont conclus pour une durée comprise entre 5 et 10 ans, quelque que soit le secteur concerné (en l'occurrence la restauration, la grande distribution alimentaire, le commerce de l'habillement, de matériels multimédia, de bricolage, la prestation de services dans le domaine du bien-être, de la beauté, etc.). Plus précisément, près de la moitié de ces contrats ont une durée déterminée de 9 ans.

On note également qu'un contrat d'affiliation à un réseau de grande distribution alimentaire est conclu pour la durée du bail commercial, dont le preneur est le franchisé et le bailleur est le franchiseur. Il est prévu dans la clause de durée de la convention d'affiliation qu'elle prendra fin de plein droit au moment où le bail commercial prendra fin pour quelque raison que ce soit.

Quant à la suite donnée aux contrats de franchise à l'arrivée du terme, plus de la moitié des contrats étudiés prévoient que le contrat sera, sauf préavis d'une des parties dans un certain délai, tacitement reconduit ou renouvelé. Le renouvellement ou reconduction tacite est fréquemment prévu pour la même durée que le contrat initial, mais peut également être prévu pour une durée moindre. De plus, le nombre de reconductions ou de renouvellements est parfois limité.

En l'absence de renouvellement automatique ou reconduction tacite, il peut être prévu contractuellement la possibilité pour les parties de négocier et conclure un nouveau contrat, assorti selon les cas de l'obligation de paiement d'un nouveau droit d'entrée.

Dans les cas où le contrat de franchise est conclu avec reconduction tacite à l'arrivée du terme, la partie qui n'entend pas bénéficier de cette faculté doit parfois le notifier à l'autre en respectant un préavis fixé entre 3 et 20 mois avant la fin du contrat. Une très large majorité des contrats prévoit un préavis d'une durée de 6 mois avant l'arrivée du terme.

Par exemple, la clause de durée d'un contrat de franchise de grande distribution alimentaire est rédigée comme telle :

*« La présente convention est conclue pour une période de neuf ans. À défaut de notification par lettre recommandée d'un préavis au plus tard six mois par le franchisé et au plus tard douze mois par le franchiseur avant l'échéance de la première période de neuf et chaque période successive de neuf ans, la convention sera tacitement reconduite pour des périodes successives de neuf ans. »*

Quant à l'obligation d'approvisionnement exclusif, les contrats de franchise étudiés prévoient dans une grande majorité des cas que le franchisé est tenu de ne distribuer dans son point de vente que les produits du franchiseur, ou des fournisseurs sélectionnés par lui. De plus, ces clauses de non-concurrence sont toutes stipulées pour une durée équivalente à celle du contrat, donc supérieure à la durée de cinq ans conditionnant le bénéfice de l'exemption par catégorie du Règlement n° 330/2010. En pratique, les franchisés liés par les contrats analysés sont ainsi tenus par une obligation d'approvisionnement exclusif contraire au droit européen de la concurrence.

Les justifications apportées par les franchiseurs sont entre autres :

- l'homogénéité/ la cohésion de l'image de marque, de la réputation et de l'identité commune du réseau ;
- une qualité maximale et une quantité constante des produits mis en vente ;
- l'efficacité d'un contrôle nécessaire du franchiseur sur les produits ;
- l'impossibilité pratique pour le franchiseur de définir des critères objectifs de qualité.

Certains des contrats assortis d'une obligation d'approvisionnement exclusif prévoient tout de même la possibilité pour le franchisé de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs que le franchiseur lui-même ou ceux qu'il aura agréés. Cette faculté est alors souvent assortie, d'une part, de la condition que les produits respectent les normes de qualité et l'image du réseau, et d'autre part, d'un quota d'approvisionnement libre, sous la forme d'un pourcentage du montant des achats effectués auprès d'autres fournisseurs sur le montant total des achats du franchisé. Les contrats étudiés prévoient des quotas de 10, 15 ou 20 %. Si elles sont d'une durée supérieure à cinq ans, ces clauses pourraient, dans certains cas, être considérées comme illicites au regard du droit européen de la concurrence puisque la Commission européenne a considéré, dans ses Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010, que les obligations de non-concurrence exclues du bénéfice de l'exemption par catégorie du Règlement n° 330/2010 sont celles qui « *imposent à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignés par celui-ci plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels* »<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Communication de la Commission européenne portant Lignes directrices sur les restrictions verticales n° 2010/C 130/01 du 19 mai 2010, § 66.

## **C. Conclusions**

### **1. Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau**

La durée d'un contrat de partenariat commercial varie donc entre 3 ans et 10 ans pour les contrats analysés. Nous avons connaissance de contrats d'une durée de 20 ans et même davantage. Il existe aussi des contrats à durée indéterminée. La durée du contrat peut avoir un impact sur la possibilité de changer d'enseigne. Cependant, une longue durée est parfois justifiée par le type d'activité du partenaire commercial et par l'importance des investissements à consentir pour exploiter le point de vente. Il y a donc des cas où la longue durée du contrat constitue un obstacle à la sortie du réseau, obstacle qui est cependant justifié et légitime. Parfois celui qui reçoit le droit est lui-même demandeur d'une longue durée.

### **2. Quant à l'impact sur les prix**

La durée du contrat n'a aucun impact sur la fixation des prix, dès lors que celui qui reçoit le droit doit pouvoir, selon les règles du droit de la concurrence, fixer lui-même ses prix.

## **2. La multiplicité des contrats liant l'affilié à son réseau et le décalage de leurs échéances**

### **A. Analyse juridique de la multiplicité de contrats en droit belge**

Souvent (mais pas toujours), les relations entre le franchiseur et le franchisé sont formalisées par plusieurs documents contractuels distincts (contrat de franchise, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, etc.).

Si les contrats ont été conclus pour une durée différente, parfois, l'échéance de l'un n'entraîne pas la rupture de l'autre, ce qui peut poser problème.

#### **1) La problématique liée au contrat de bail commercial**

Bail et franchise sont souvent étroitement liés. Afin de mettre en œuvre le concept du franchiseur transmis par le contrat de franchise, le franchisé doit établir son point de vente dans un local commercial. A cette fin, il devra souvent conclure un contrat de bail commercial.

Le bail commercial est régi par la loi du 30 avril 1951. Cette législation d'ordre impératif, c'est-à-dire à laquelle les parties ne peuvent en principe pas déroger par convention<sup>10</sup>, régleme notamment :

- la durée du bail : 9 ans minimum (article 3 de la loi du 30 avril 1951) ;
- le droit pour le locataire de demander le renouvellement du bail : trois renouvellements maximum d'une durée de 9 ans chacun (article 13 de la loi) ;
- les délais dans lesquels la demande de renouvellement doit être formulée : entre le 18<sup>ème</sup> et le 15<sup>ème</sup> mois avant l'échéance du bail (article 14 de la loi).

a. Les différents cas de figure

Dans un réseau de franchise, l'emplacement des points de vente joue un rôle stratégique. Le franchisé peut parfois être propriétaire de son local commercial, ou le prendre à bail à un tiers au contrat de franchise. Il sera alors totalement indépendant dans la gestion de son emplacement. Mais en prévision du départ de son franchisé, le franchiseur tient généralement à s'assurer que le point de vente pourra être maintenu dans son réseau. Dans cette optique, de nombreux franchiseurs préfèrent donner à bail au franchisé un local dont ils ont la propriété, ou le cas échéant, conclure un contrat de bail avec un tiers, puis un contrat de sous-location avec le franchisé.

Parallèlement au contrat de franchise, plusieurs cas de figure sont envisageables en matière de bail commercial :

Le franchisé est propriétaire du local commercial

Dans ce cas, le rapport de force est en faveur du franchisé, puisqu'il maîtrise seul le sort de son emplacement commercial. Cette situation peut cependant poser un problème au jour de la fin du contrat de franchise, notamment si celui-ci a été conclu avec une clause de non-concurrence post-contractuelle. Le franchisé propriétaire se verrait alors dans l'impossibilité d'exercer dans son local commercial une nouvelle activité concurrente de celle de son ancien franchiseur.

---

<sup>10</sup> Il y a cependant des nuances à apporter à cette interdiction



### Le franchisé prend un local à bail auprès d'un tiers

A l'instar du franchisé propriétaire de son emplacement commercial, le franchisé preneur à bail avec un tiers est dans une position de force plus importante que le franchiseur, qui n'a alors aucun pouvoir de contrôle sur le sort du point de vente. Cependant, cette hypothèse soulève le problème de la concordance des échéances : il faudra tenter de faire coïncider la durée du bail commercial conclu avec le tiers et celle du contrat de franchise.

### Le franchiseur est propriétaire-bailleur du local, et le franchisé est locataire

Dans cette hypothèse, les rapports contractuels se superposent et les documents s'empilent, puisque le franchiseur est également le bailleur du franchisé. Sur le plan économique, cette hypothèse est peu fréquente mais est la plus avantageuse pour le franchiseur. Malgré le départ du franchisé, il est assuré de ne pas perdre son point de vente et garde ainsi la maîtrise du foncier commercial de son réseau. Cette considération est particulièrement développée dans le secteur de la grande distribution où, comme en France, la concurrence est vive et l'emplacement d'un supermarché est un enjeu clé. Sur le plan juridique, le franchiseur et le franchisé se voient ajouter les qualités respectives de bailleur et preneur. La confusion de rôles entre le bailleur et le franchiseur est possible : la coexistence de ces deux contrats présente un risque au jour où l'un des deux vient à se terminer. La solution est alors à rechercher dans la jurisprudence ou dans les prévisions contractuelles.

### Le franchiseur est locataire principal et le franchisé est sous-locataire

Cette hypothèse est particulière, puisqu'elle a pour conséquence que le franchisé ne peut puiser de droits et obligations que dans sa relation contractuelle avec le franchiseur-locataire principal, et pas dans la relation entre le propriétaire-bailleur et le locataire principal<sup>11</sup>. Si le propriétaire décide de mettre fin au bail conclu avec le franchiseur locataire principal, le franchisé sous-locataire n'a alors en principe aucun recours contre cette décision. Il convient de relever que dans certains cas, c'est le bailleur qui exige que le franchiseur souscrive le bail principal, avec l'autorisation expresse de sous-louer au franchisé. Il convient de préciser que dans certains cas, c'est le bailleur qui exige que le franchisé souscrive le bail principal en donnant l'autorisation expresse de sous-louer le bien au franchisé.

Quelle que soit la qualité du bailleur, il est très important que la durée du contrat de franchise concorde dans le temps avec celle du bail commercial. Toutefois, ce n'est pas toujours possible pour des motifs particuliers liés notamment à la cession d'un contrat de franchise alors qu'un bail est en cours. Cette situation est très fréquemment rencontrée dans la pratique et ne paraît pas anormale dans la mesure où il est légitime d'introduire un nouveau franchisé dans un réseau dès le moment où

---

<sup>11</sup> O. VAES, *Franchising, Guide pratique pour juristes*, Bruylant, 2007, p. 186.

l'ancien franchisé le quitte. C'est donc dans l'intérêt des deux parties à un contrat de partenariat commercial que cette pratique puisse se poursuivre.

*b. La position de la jurisprudence sur le sort du bail commercial conclu avec le franchiseur en cas de rupture du contrat de franchise*

L'hypothèse étudiée est celle d'un franchiseur ayant conclu un contrat de bail commercial avec son franchisé, et dont le contrat de franchise et le contrat de location qui les lient ne concordent pas dans le temps. En l'absence de stipulation contractuelle, un problème se présente au jour où l'un de ces deux contrats est rompu. En pratique, le franchisé pourrait se retrouver privé de son bail commercial alors que son contrat de franchise se poursuit, ou à l'inverse contraint de poursuivre la location du local alors que la rupture de son contrat de franchise l'empêche d'y exploiter l enseigne et le concept du franchiseur. Quel sort faut-il alors donner à l'autre contrat, toujours en vigueur et conclu entre les mêmes parties ? La jurisprudence présente une divergence d'interprétation sur cette question.

D'un côté, le juge de paix de Gand par un jugement du 19 décembre 1997<sup>12</sup> a opté pour l'application distributive des règles entre ces contrats. Il distingue le contrat de bail de celui de franchise et ne soumet pas le premier au second. En l'espèce, le contrat de bail conclu entre un franchiseur (ici, locataire principal) et son franchisé (ici, sous-locataire) prévoyait que l'immeuble pris à bail ne pouvait être destiné qu'à l'exploitation d'un point de vente sous l'enseigne du franchiseur. Les parties avaient prévu que la résiliation du contrat de franchise équivaldrait à une modification de la destination du bien loué, entraînant en conséquence la rupture automatique du contrat de bail. Le juge a considéré que ces dispositions constituaient en fait une clause de renonciation anticipée au droit de demander le renouvellement du bail commercial. Or ce droit est prévu par l'article 13 de la loi du 30 avril 1951, qui est une disposition impérative. Le juge a déclaré nulles les dispositions du contrat de franchise contraires à la loi sur le bail commercial. Par là, il a donné la priorité à l'application des dispositions impératives de cette loi dans son conflit avec le contrat de franchise.

D'un autre côté, la Cour d'appel de Bruxelles, saisie du même dossier en référé, s'est prononcée dans un arrêt du 19 mai 1998<sup>13</sup>. Sur base des mêmes faits, elle a considéré que le contrat de bail est totalement lié et subordonné au contrat de franchise. Le contrat de bail commercial peut donc prendre fin par le fait de la rupture du contrat de franchise. Pour arriver à cette solution, la Cour a jugé que le franchiseur n'aurait jamais signé de contrat de bail avec son franchisé si ce dernier avait pu utiliser le bien à d'autres fins que l'exploitation du commerce de franchise.

---

<sup>12</sup> J.P. Gand (1<sup>er</sup> cant.), 19 déc. 1997, *D.A.O.R.*, 1999, n°48, p. 88, obs. J. BILLIET.

<sup>13</sup> Bruxelles, 19 mai 1998, *D.A.O.R.*, 1999, n°48, p. 93, obs. J. BILLIET, p. 103.

En respectant ainsi la commune intention des parties, la Cour applique la théorie de l'absorption : les règles du contrat de franchise, principal, absorbent celles du contrat de bail, accessoire.

Quelle théorie retenir ? Le contrat de franchise étant le cœur de la relation entre le franchiseur et son franchisé, on peut être tenté de soutenir que le bail commercial ne doit être considéré que comme un accessoire permettant la bonne exécution du contrat principal. Cette solution permettrait de respecter la volonté des parties qui, en l'espèce, était de s'engager principalement dans un contrat de franchise, et accessoirement, dans un contrat de bail commercial. Mais dans cette hypothèse, que reste-t-il du caractère impératif de la loi sur le bail commercial ? Ce caractère impératif ne passe-t-il pas avant la notion de respect de la volonté des parties ?

## 2) La problématique liée au contrat de location-gérance

En principe, le franchisé est propriétaire du fonds de commerce dans lequel il exploite le concept de la franchise. Toutefois dans certains cas, le franchisé conclut un contrat de location-gérance avec son franchiseur. Par cette formule contractuelle, le franchiseur met un fonds de commerce, dont il est propriétaire et qui est déjà équipé pour les besoins de l'exploitation, à la disposition d'un gérant indépendant, le franchisé. En contrepartie du droit d'user de ce fonds de commerce, le franchisé doit payer une redevance au franchiseur. Le locataire-gérant exploite le fonds de commerce en toute autonomie, en son propre nom et pour son propre compte. Le contrat de location-gérance est alors un contrat accessoire, qui accompagne le contrat de franchise et en permet l'exécution. A l'inverse, il existe des situations où le contrat de franchise est l'accessoire du contrat de location-gérance.

La location-gérance est utilisée dans les situations suivantes :

- le franchisé n'est pas en mesure de financer l'achat ou la création du fonds de commerce ;
- il s'agit d'un point de vente dont le succès est trop aléatoire pour demander à un franchisé d'y investir ;
- il s'agit d'un point de vente stratégique dont le franchiseur ne veut pas se dessaisir.

L'objectif le plus fréquemment poursuivi est le premier : le franchisé ne dispose pas du financement nécessaire pour investir dans l'exploitation de la franchise. Le franchisé locataire-gérant peut ainsi exploiter un fonds de commerce, pour son propre compte, dans un point de vente déjà aménagé et équipé.

## B. Résultats de l'instruction menée en Belgique

L'instruction menée sur les contrats de franchise en Belgique a révélé que les relations entre un franchiseur et son franchisé sont fréquemment formalisées par de multiples documents.

### 1) En matière de bail commercial

La prévision contractuelle de l'interdépendance entre le contrat de franchise et le bail commercial

Sur la vingtaine de contrats étudiés, seul un contrat de franchise prévoit une interdépendance avec le contrat de bail commercial relatif au local dans lequel le franchisé exploite son point de vente. La clause est libellée comme suit :

« La résolution de la présente convention interviendra de plein droit [...] au cas où le contrat octroyant au franchisé le droit d'occuper les locaux dans lesquels le point de vente est exploité serait résilié avant son terme, prendrait fin pour quelque cause que ce soit ou serait cédé par le franchisé avant l'expiration du contrat de franchise. »

Cette prévision contractuelle protège le franchisé en cas de rupture prématurée de l'un des deux contrats, de bail ou de franchise. Elle permet d'éviter la situation de blocage créée par l'éviction du local alors que la franchise se poursuit, ou à l'inverse par l'éviction du réseau de franchise alors que le bien immobilier reste loué.

La limite d'une telle disposition est que, en cas de litige, elle ne pourra être effective qu'à la condition que le juge saisi accepte d'appliquer la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles<sup>14</sup> (cf. supra). Afin qu'elle ne soit pas jugée contraire à la loi impérative sur le bail commercial, le juge devra considérer que les parties ont conclu un contrat de bail de manière simplement accessoire au contrat de franchise qui les lie. Cette théorie n'est cependant pas indiscutable pour les motifs exposés ci-dessus.

Le franchiseur, locataire principal, non tenu par une obligation de demander le renouvellement du bail.

Dans un contrat de franchise de distribution de matériel multimédia, la clause relative à la durée de la convention prévoit :

---

<sup>14</sup> Bruxelles, 19 mai 1998, *D.A.O.R.*, 1999, n°48, p. 93.

« La présente convention ne pourra avoir une durée supérieure au contrat de bail liant [le franchiseur] au propriétaire des lieux. Ainsi, en dehors de tout congé notifié par l'une des parties, la convention prendra fin automatiquement [...] le jour où le bail détenu par [le franchiseur] prend fin, si le bail est d'une durée inférieure, sans qu'il existe pour [le franchiseur] une quelconque obligation de solliciter un renouvellement. »

Dans cette relation contractuelle, le franchisé se trouve dans une situation à risque.

En effet, son activité commerciale doit être exercée dans un local pris à bail par son franchiseur, locataire principal, qui lui est ensuite sous-loué. Cependant, le contrat de franchise prévoit que le franchiseur, dans sa relation avec le bailleur, n'est tenu à aucune obligation de demander le renouvellement du bail.

En l'espèce, le contrat de franchise est conclu pour une durée de trois ans, tacitement renouvelable deux fois pour des périodes successives de trois ans. Dans une hypothèse heureuse, le franchiseur peut avoir prévu que le bail commercial dont il est le preneur, et qu'il sous-loue ensuite à son franchisé, commence en même temps que le contrat de franchise. La durée de chacun des deux contrats peut ainsi coïncider. Cependant, dans une autre hypothèse, le bail principal entre le propriétaire et le franchiseur peut avoir été conclu avant le contrat de franchise. A l'échéance du bail, neuf ans après sa conclusion, le franchisé se trouvera alors évincé : son contrat de franchise sera automatiquement résilié, sans que son franchiseur n'ait aucune obligation de demander le renouvellement du bail.

Cette clause constitue un déséquilibre entre les droits et obligations du franchiseur et du franchisé. Le franchisé s'engage à exploiter la franchise, et donc procéder à des investissements, dans un local donné en sous-location par son franchiseur. Mais son franchiseur, quant à lui, ne s'engage aucunement à lui garantir la poursuite du bail principal.

## 2) En matière de location gérance

Un contrat examiné porte sur la location-gérance conclue par un franchisé avec son franchiseur parallèlement au contrat de franchise, et le même jour. La superposition de ces deux contrats pose un important problème quant au décalage dans leur durée et leur date d'échéance.

La clause de durée du contrat de franchise est libellée comme suit :

« La présente convention est conclue pour une période de 9 ans, laquelle prend cours à la date déterminée à l'article 37.1 dans les conditions particulières [le 1er mars 2007]. »

La même clause dans le contrat de location-gérance prévoit quant à elle :

« La location du fonds est consentie pour une durée de 3 ans prenant cours le 1er mars 2007 pour se terminer de plein droit le 28 février 2010, sans possibilité de reconduction ou de prolongation. »

Dans le cas d'espèce, un litige est né entre les parties au contrat de franchise avant la fin du contrat de location-gérance. En l'absence d'un tel conflit, le franchisé se serait vu retirer le droit d'user du fonds de commerce du franchiseur au terme des trois années. L'arrivée à échéance du contrat de location-gérance aurait donc créé une situation de blocage dans le chef du franchisé, encore tenu par le contrat de franchise pour les 6 années suivantes.

Il convient de noter que les parties ont intérêt à indiquer dans leurs contrats que l'un de ces contrats est accessoire à l'autre, de telle manière qu'ils se terminent au même moment.

## **C. Conclusions**

### ***1. Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau***

La multiplicité des contrats liant l'affilié à son réseau et le décalage de leurs échéances peuvent avoir un impact sur la possibilité de changer d'enseigne. Il y a cependant des cas où le décalage des échéances est inévitable, par exemple lorsqu'un contrat de franchise prend fin en cours de bail et qu'un nouveau franchisé souhaite intégrer le réseau à ce moment. De même, lorsqu'un contrat de bail prend fin pendant la durée du contrat de franchise. Par ailleurs, il existe des cas où le franchisé devient sous-locataire de son franchiseur alors qu'il est en même temps propriétaire de l'immeuble. Cette situation peut entraîner un affaiblissement des droits de propriétaire du franchisé vis-à-vis de son bailleur. Il faut cependant constater que ces situations sont parfois justifiées par l'intérêt des parties ou du réseau de distribution. L'existence d'obstacles à la sortie du réseau en raison de la multiplicité des contrats et le décalage de leurs échéances sont donc une réalité qui peut être légitime.

### ***2. Quant à l'impact sur les prix***

La multiplicité des contrats liant le franchisé à son réseau et le décalage de leurs échéances n'ont aucune incidence sur les prix.

### **3. Les clauses de non-concurrence et de non-affiliation post-contractuelles**

#### **A. Analyse juridique des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation post-contractuelles en droit belge**

La très grande majorité des contrats de franchise prévoit l'interdiction pour le franchisé d'exercer, après la fin des relations contractuelles, une activité concurrente à celle de son ancien franchiseur. La clause de non-concurrence post-contractuelle se justifie aisément par l'essence même du contrat de franchise : la transmission d'un savoir-faire.

##### 1) L'équilibre entre protection du savoir-faire et liberté du commerce

La clause de non-concurrence post-contractuelle, largement répandue dans les contrats de franchise, doit assurer un équilibre entre les intérêts antagonistes du franchiseur et de son ancien franchisé. D'un côté, l'intérêt du franchiseur est parfaitement légitime : le savoir-faire qu'il a transmis au franchisé doit être protégé après son départ du réseau. Par cette clause, il entend éviter que son franchisé ne divulgue son savoir-faire au profit d'un concurrent, au détriment du franchiseur lui-même ainsi que des membres du réseau dans leur ensemble. De l'autre, la volonté du franchisé de conserver sa clientèle après l'expiration de son contrat de franchise est également légitime. Il a exploité son fonds de commerce à ses risques et périls et cette clientèle s'est développé notamment grâce aux efforts qu'il a fournis lors de l'exploitation de son point de vente.

Une clause de non-concurrence post-contractuelle présente le risque non négligeable de priver l'ancien franchisé de toute possibilité d'exercer une activité commerciale. En pratique, une clause de non-concurrence peut conduire à interdire à l'ancien franchisé d'exploiter son fonds de commerce en l'empêchant de poursuivre son activité. Afin de justifier une telle situation, le savoir-faire à protéger doit être particulièrement consistant et susceptible d'être exploité par l'ancien franchisé même après la rupture du contrat.

## 2) Le régime juridique de la clause de non-concurrence post-contractuelle

En droit belge, la clause de non-concurrence est licite, à condition toutefois d'être limitée dans le temps, dans l'espace et dans son objet.

En droit communautaire, la validité des clauses de non-concurrence est également reconnue sous certaines conditions posées par l'article 5.3 du règlement n°330/2010 de la Commission européenne du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Il prévoit que l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords verticaux qui contiennent toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou services, sauf si les conditions suivantes sont cumulativement remplies :

- « a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels ;
- b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ;
- c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur ;
- d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord »

D'après la définition figurant à l'article 1<sup>er</sup>, § 1, g), du règlement d'exemption par catégorie, le savoir-faire doit être « substantiel », ce qui signifie qu'il est important et utile au franchisé aux fins de l'exécution du contrat de franchise.

La validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles doit être appréciée au regard des deux éléments qu'elle est censée protéger, c'est-à-dire d'une part l'existence d'un savoir-faire, et d'autre part l'identité et la réputation du réseau. La jurisprudence belge se montre en général assez hostile à leur application<sup>15</sup>.

Le Tribunal de commerce de Bruxelles s'est ainsi prononcé le 1<sup>er</sup> août 1995<sup>16</sup> sur la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de franchise, et rédigée comme suit : « *Sauf si le franchisé a exploité son point de vente sous la dénomination du franchiseur depuis plus de dix années entières, il lui sera interdit d'exercer à partir de ce moment, directement ou indirectement, une activité identique ou analogue à celle qui fait l'objet de la présente convention. Cette interdiction est cependant limitée à une période d'un an à partir de la fin de la présente convention et au territoire concédé* ». Le franchisé, en l'occurrence bijoutier, se voyait donc

---

<sup>15</sup> En ce sens : Prés. Comm. Bruxelles, 1<sup>er</sup> août 1995, *R.D.C.*, 1995, p. 911 ; Bruxelles, 9 janvier 1997, *D.A.O.R.*, n°43, p. 85 ; Liège, 14 janvier 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 501.

<sup>16</sup> Prés. Comm. Bruxelles, 1<sup>er</sup> août 1995, *R.D.C.*, 1995, p. 911.



interdire d'exploiter son fonds de commerce à l'expiration du contrat de franchise. Cette affaire n'ayant pas été tranchée pour des raisons purement procédurales, le Tribunal a cependant pris pour hypothèse que la clause de non-concurrence interdisait au bijoutier, qui a d'abord créé un fonds de commerce et a ensuite conclu un contrat de franchise quelques années plus tard, d'exercer sa profession de bijoutier dans ce fonds après l'expiration du contrat. Le Tribunal laissait entendre qu'on pouvait en déduire une atteinte grave à la liberté du commerce et au droit de la concurrence. Si cette solution est à nuancer dans la mesure où le franchisé exerçait déjà la même profession dans le même fonds de commerce avant la conclusion du contrat de franchise, elle s'inscrit tout de même dans une volonté d'encadrer strictement les clauses de non-concurrence post-contractuelles.

### 3) La différence entre clause de non-concurrence et de non-réaffiliation

La jurisprudence belge ne fait, à ce jour, pas état de décision relative à la distinction entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation. Cependant, les questions soulevées en France à ce sujet sont parfaitement transposables en Belgique.

Comme a pu le faire la jurisprudence de la Cour de cassation française, il convient de distinguer ces deux clauses compte tenu de leur objet respectif. Alors que la clause de non-concurrence interdit au franchisé d'exercer toute activité concurrente de celle faisant l'objet du contrat de franchise, la clause de non-réaffiliation se borne à priver le franchisé de la possibilité de s'affilier à un réseau concurrent à l'issue du contrat.

En fonction du secteur d'activité, la distinction entre clause de non-concurrence et de non-réaffiliation est parfois fragile. En effet, de plus en plus de commerçants choisissent de s'affilier à une enseigne pour développer un fonds de commerce, afin de bénéficier d'une politique commerciale et d'une image de marque attractive. Avec le fort développement que connaît le secteur de la franchise depuis quelques années, le fait d'être affilié à un groupe de distribution peut parfois constituer pour les magasins indépendants un élément indispensable à l'exercice de leur activité. Sans avoir le même objet, ces deux clauses peuvent ainsi aboutir, en pratique, aux mêmes effets. Si un litige devait être soulevé à l'occasion de la mise en œuvre d'une clause de non-réaffiliation, il nous semblerait judicieux de lui appliquer les mêmes conditions de validité que la clause de non-concurrence post-contractuelle.

## **B. Résultats de l'instruction menée en Belgique**

L'analyse de vingt-deux contrats de franchise en Belgique a révélé que 90 % d'entre eux contiennent une clause de non-concurrence post-contractuelle. Après la clause de durée, inhérente à tout contrat écrit, elle est donc la clause la plus répandue dans les contrats de franchise. Il convient de les analyser selon différents critères.

Tout d'abord, en ce qui concerne la durée de la clause de non-concurrence post-contractuelle, nous avons relevé que les deux tiers de ces clauses sont stipulées pour une durée d'un an à partir de la fin du contrat, tandis que le dernier tiers prévoit une durée de deux ans. Une durée de deux ans nous semble contestable, d'une part car elle est contraire aux exigences du droit communautaire (article 5.3 du règlement n° 330/2010) qui juge anticoncurrentielle toute clause de non-concurrence d'une durée supérieure à un an, et d'autre part car elle représente une trop lourde restriction à la liberté de commerce de l'ancien franchisé. De plus, la nature même de la franchise implique que le savoir-faire soit en perpétuelle évolution, afin d'améliorer le concept. Plus d'un an après la fin du contrat, l'ancien franchisé ne saurait se prévaloir que d'un savoir-faire qui n'est plus tout-à-fait à jour, sans risque pour le franchiseur. Selon nous, il convient de stipuler une clause de non-concurrence post-contractuelle d'une durée inférieure ou égale à un an, afin de se conformer au droit européen de la concurrence et de ne pas pénaliser trop fortement le franchisé.

Ensuite, l'instruction a permis de constater que les trois quarts des clauses de non-concurrence post-contractuelles prévoient dans quels cas de rupture du contrat elles seront applicables. La majorité des clauses prévoient que l'obligation de non-concurrence sera due par le franchisé après la cessation des relations contractuelles, et ce « quelle qu'en soit la cause ». Seules quelques clauses excluent leur application en cas de rupture du contrat aux torts exclusifs du franchiseur. Dans un premier temps, il nous paraît déséquilibré que la clause de non-concurrence entre en application quelque soit la cause de cessation du contrat, sans exclure l'hypothèse d'une rupture aux torts exclusifs du franchiseur. Le cas échéant, le franchisé se trouve doublement pénalisé en étant d'abord victime de la faute de son franchiseur, l'ayant conduit à rompre le contrat, et ensuite tenu de ne pas exercer une activité concurrente. Dans un second temps, l'on remarque qu'il n'est pas opéré de distinction entre la cessation du contrat pour rupture anticipée et par arrivée du terme initialement prévu. Nous jugeons judicieux de ne pas les distinguer, puisqu'une clause de non-concurrence applicable uniquement en cas de résiliation anticipée du contrat semble davantage empêcher le départ volontaire d'un franchisé vers un réseau, que protéger le savoir-faire du franchiseur. Le but de protection du savoir-faire devrait justifier la mise en jeu d'une telle clause quelque soit les circonstances dans lesquelles le contrat prend fin, que ce soit de manière anticipée ou par arrivée du terme prévu.

En ce qui concerne l'étendue géographique de la clause de non-concurrence post-contractuelle, les trois quarts de ces clauses déterminent précisément le territoire sur lequel s'étend leur champ d'application. Dans la majorité des cas, il s'agit du territoire qui avait été concédé ou réservé au franchisé pour l'exécution du contrat. Les clauses peuvent également prévoir que l'obligation de non-concurrence due par l'ancien franchisé s'étend dans un rayon d'un certain nombre de kilomètres autour du point de vente franchisé.

Quant à la sanction prévue en cas de non-respect de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle, seul un quart des contrats prévoit une clause pénale. Cette disposition permet de sanctionner automatiquement le franchisé manquant à son obligation, sans même que le franchiseur n'ait à démontrer un quelconque préjudice causé de ce fait. Cette absence de clause pénale place le franchisé dans une situation plus souple, puisqu'en cas de non respect de son obligation de non-concurrence post-contractuelle, il appartiendra au franchiseur de prouver le préjudice qu'il subit, le fait générateur et le lien de causalité entre les deux, sur la base du droit commun de la responsabilité.

Enfin, la moitié des clauses étudiées interdit à l'ancien franchisé de s'affilier à un réseau dont l'activité est concurrente de celle qui fait l'objet du contrat.

Cette statistique permet de révéler que la clause de non-réaffiliation est largement utilisée dans le secteur de la franchise.

## **C. Conclusions**

### **1. *Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau***

L'insertion d'une clause de non-concurrence post-contractuelle dans un contrat de franchise est à la fois licite et légitime. Ses modalités d'application (durée, raison d'être, étendue géographique, sanction) doivent toutefois être fixées conformément au droit de la concurrence encadrant déjà strictement les effets de cette clause. Une telle clause, si elle devait constituer un frein à la sortie du réseau, est justifiée par la protection du réseau qui profite à la fois au franchiseur et aux franchisés. Il est à noter qu'un membre de la Commission, Unizo, estime que le principe-même de la clause de non-concurrence post-contractuelle est contestable et porte atteinte à la libre concurrence sur le marché.

## **2. Quant à l'impact sur les prix**

L'insertion d'une clause de non-concurrence post-contractuelle dans un contrat de franchise n'a pas d'impact sur les prix.

## **4. Le droit de priorité sur la cession du fonds de commerce au profit du franchiseur**

L'insertion de droits de priorité dans les contrats d'affiliation vise à assurer le maintien des magasins affiliés dans le réseau de franchise, à pérenniser ainsi leur parc de magasins et par conséquent à maintenir leurs volumes d'achat et leur compétitivité. Ces clauses sont aussi un moyen de contrer les pratiques « prédatrices » des réseaux intégrés qui, dotés de ressources financières plus importantes, seraient plus à même de surenchérir pour acquérir des emplacements commerciaux concurrents.

### **A. Analyse juridique du droit de priorité au profit du franchiseur lors de la cession du fonds de commerce franchisé en Belgique**

Des auteurs ont pu relever que « bon nombre de contrats de franchise prévoient que si le franchisé vend son point de vente, c'est-à-dire son fonds de commerce, il devra le vendre par priorité au franchiseur soit, dans certains contrats, au prix qui lui est offert par un tiers, soit, dans d'autres contrats, à un prix calculé selon une formule décrite au contrat »<sup>17</sup>. Il semble donc intéressant de traiter ce sujet, afin de savoir si une telle pratique peut constituer un frein à la mobilité du franchisé.

#### 1) Régime juridique des droits de priorité au profit du franchiseur en droit belge

A notre connaissance, la jurisprudence publiée ne fait état d'aucune décision où la validité d'une telle clause a été remise en cause. La doctrine est également relativement maigre à ce sujet.

---

<sup>17</sup> A. LOMBART et D. SERVAIS, *op. cit.*, p. 141-142.

La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial réglemente, non pas le contrat de franchise en lui-même, mais la période qui précède sa conclusion. Cette loi s'applique à la phase précontractuelle du contrat de franchise sans pour autant s'y limiter, puisqu'elle étend son champ d'application à tout « *accord de partenariat commercial* ». Elle impose au franchiseur, ou à la « *personne qui octroie le droit d'utiliser la formule commerciale* », la transmission au candidat contractant d'un document d'information précontractuelle comprenant un certain nombre d'informations sur le contrat à conclure. Le législateur a considéré ces informations comme étant essentielles au candidat franchisé, afin qu'il s'engage dans le partenariat commercial en toute connaissance de cause.

L'article 4, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la loi du 19 décembre 2005 énumère les dispositions contractuelles importantes du contrat à conclure, et que le document d'information précontractuelle doit contenir. Il est notamment imposé de transmettre la donnée suivante :

« h) le droit de préemption ou l'option d'achat en faveur de la personne qui octroie le droit et les règles de détermination de la valeur du commerce lors de l'exercice de ce droit ou de cette option »

Cette disposition peut être interprétée comme reconnaissant la validité d'une telle clause de priorité, ou de préemption, au profit du franchiseur.

Par ailleurs, un « Code de déontologie européen de la franchise » a été créé en 1972 par la Fédération européenne de la franchise. Le point 5 de ce code indique les dispositions essentielles que doit contenir *a minima* tout contrat de franchise, notamment :

« - les conditions dans lesquelles pourront s'opérer la cession ou le transfert du fonds de commerce et les conditions de préemption du franchiseur ; »

La valeur juridique de cette disposition est cependant moins certaine. Si le code de déontologie européen est inséré dans le contrat de franchise, ces dispositions auront alors force de loi entre les parties, conformément à l'article 1134 du Code civil. Dans le cas inverse, si la valeur morale de ce code est largement reconnue, une valeur contraignante ne pourrait lui être accordée que si la qualification d'usage lui est reconnue, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil. La jurisprudence s'est parfois prononcée en faveur de cette reconnaissance<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Comm. Bruxelles, 10 nov. 1987, *Droit de la distribution*, 1987-1992, Kluwer, 1994, p. 323 ; Anvers, 26 avril 1993, *Pratiques du commerce*, 1993, p. 311.

## 2) Analyse concurrentielle du droit de priorité du franchiseur

Tout d'abord, il convient de s'intéresser aux propositions qui avaient été faites par certains parlementaires avant la rédaction de la loi du 19 décembre 2005. Des auteurs rapportent qu'un courant de parlementaires entendait réglementer le contrat de franchise dans son ensemble, sans se limiter à sa phase précontractuelle<sup>19</sup>. Les propositions qu'ils avaient formulées contenaient l'instauration d'une série de clauses considérées comme abusives. Cette liste comportait notamment l'interdiction pour le franchiseur de se voir réserver un droit de préemption à un prix inférieur à celui offert par un candidat acquéreur. Ces propositions de loi critiquaient l'effet potentiellement anticoncurrentiel de ces clauses qui, combinées avec une clause de non-concurrence post-contractuelle, peuvent priver l'ancien franchisé de son fonds de commerce ainsi que de la possibilité de se relancer dans le même secteur d'activité. Cette préconisation est révélatrice du risque que certains peuvent voir dans l'insertion d'une clause de priorité dans les contrats de franchise.

Un droit de priorité sur la cession du fonds de commerce de son franchisé crée au profit du franchiseur une asymétrie dans la négociation du rachat des points de vente de son réseau. Le franchiseur s'octroie la garantie de pouvoir conserver tous les points de vente de son réseau, sans même avoir à surenchérir sur l'offre d'un candidat cessionnaire et potentiel concurrent. Il peut ainsi assurer la pérennité de son réseau à moindre coût.

A l'inverse, cette prévision contractuelle peut diminuer le pouvoir de négociation du franchisé qui entend céder son fonds de commerce. Le processus d'acquisition d'un point de vente par un réseau est particulièrement long et coûteux (expertises, études de marché, autorisations administratives, etc.). En présence d'un droit de priorité, le franchiseur peut décider de se suppléer, pour la conclusion du contrat de vente, au candidat cessionnaire et ce dans les mêmes conditions que l'offre d'achat qu'il aurait formulée. L'on comprend qu'un tel mécanisme, en rendant incertaine l'issue des négociations, peut dissuader un réseau de distribution concurrent d'entrer en pourparlers avec le franchisé cédant.

Au vu de ces considérations, la présence de clauses de priorité au bénéfice du franchiseur dans les contrats de franchise peut avoir pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence, en limitant la possibilité de rachat de points de vente franchisés par un réseau concurrent.

Néanmoins, la clause accordant au franchiseur le droit d'acquérir en priorité le fonds de commerce du franchisé cédant peut se justifier, tant qu'elle accorde des avantages équilibrés à chacune des parties à l'accord de franchise. Selon des

---

<sup>19</sup> P. KILESTE et A. SOMERS, « L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *J.T.*, 2006, p. 253-266.

auteurs, « *une formule qui permet au franchiseur de récupérer le point de vente et, donc, de le maintenir ainsi dans le réseau au moment où le franchisé souhaite quitter ce réseau, tout en réservant à ce dernier un prix de vente raisonnable, réalise un bon compromis entre les intérêts des deux parties* »<sup>20</sup>.

Comme vu précédemment, le droit de préemption du franchiseur présente un intérêt indéniable en sa faveur. L'équilibre à trouver afin que le franchisé ne soit pas trop fortement pénalisé au jour de son départ semble donc se situer dans les modalités d'exécution de la clause. Il convient de veiller à ce que le mode de calcul du prix d'achat que la clause de priorité prévoit soit raisonnable.

## **B. Résultats de l'instruction menée en Belgique**

L'instruction sur les contrats de franchise en Belgique a révélé que plus de la moitié de ces accords prévoit un droit de préemption en faveur du franchiseur en cas de cession du fonds de commerce de son franchisé. Ces clauses sont rédigées de manière relativement similaire et s'articulent selon plusieurs points.

La clause comportant droit de priorité au profit du franchiseur prévoit les cas dans lesquels ce droit peut être exercé. De manière quasi constante, il est contractuellement prévu que le droit de priorité du franchiseur naît à l'occasion de la cession du fonds de commerce du franchisé, de sa mise en location-gérance et de la cession des parts ou actions de la société franchisée.

Afin de rendre cette clause efficace, le franchisé est tenu de notifier au franchiseur son intention de céder ou aliéner son fonds de commerce ou les titres de sa société. Par cette notification, il devra communiquer au franchiseur les conditions d'une offre qu'il aurait reçue d'un candidat cessionnaire, ou à défaut ses propres conditions de vente.

A partir de la notification par le franchisé de son intention de céder son fonds de commerce ou les titres de sa société, le franchiseur dispose d'un certain délai pour informer le franchisé de sa volonté d'exercer ou non son droit de préemption. Dans la quasi-totalité des contrats, ce délai de réflexion au profit du franchiseur est de 1 à 2 mois. Cependant, un accord prévoit que le franchiseur bénéficie d'un délai de 3 mois pour notifier au franchisé son intention d'user de son droit de préemption. Il convient de relever que la loi du 19 décembre 2005 impose un délai de réflexion d'un mois entre la remise du document d'information précontractuelle et du projet de contrat et la signature de celui-ci. Ce délai d'un mois a évidemment une influence sur le délai d'exercice du droit de préemption lorsque le franchiseur désire que le point de vente

---

<sup>20</sup> A. LOMBART et D. SERVAIS, *op. cit.*, p. 142.

cédé le soit au profit d'un autre franchisé qu'il recrute. La durée de 3 mois ne semble donc pas excessive.

La clause prévoit également les bénéficiaires de ce droit de préemption. Fréquemment, le droit de préemption permet au franchiseur d'acquérir le fonds de commerce franchisé pour lui-même, mais également pour toute personne physique ou morale qu'il souhaiterait se substituer.

Sont également stipulées les conditions financières dans lesquelles le droit de préemption du franchiseur peut s'exercer. Parfois, le franchiseur est tenu de préempter au prix proposé par le franchisé cédant lui-même dans un projet d'acte de cession. Dans la majorité des cas toutefois, le franchiseur préempte le fonds de commerce de son franchisé aux conditions qui lui ont été proposées par un tiers candidat à l'opération d'acquisition projetée. Dans ce dernier cas, les intérêts du franchisé sont protégés puisque, même si la personnalité de son acquéreur lui est contractuellement imposée, la fixation du prix de cette vente reste librement négociable en fonction du marché. Des contrats prévoient cependant que la valeur du fonds de commerce est fixée selon des critères figurant dans le contrat de franchise. Si ces critères aboutissent à une valorisation dérisoire ou insuffisante par rapport à la valeur réelle du fonds de commerce, le franchisé risque d'être lésé. Mais comme le document d'information précontractuelle doit, selon la loi, attirer son attention sur cette obligation, le franchisé doit y être attentif avant de signer le contrat.

## **C. Conclusions**

### **1. *Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau***

L'insertion d'une clause donnant le droit de priorité sur la cession du fonds de commerce au profit du franchiseur est à la fois licite et légitime et ne constitue normalement pas un obstacle à la sortie du réseau. Toutefois, un membre de la Commission, Unizo, estime que la clause qui définit à l'avance le prix de cession sans référence à la valeur du marché pose problème et peut constituer un obstacle à la sortie du réseau.

### **2. *Quant à l'impact sur les prix***

L'insertion d'une clause donnant le droit de priorité sur la cession du fonds de commerce au profit du franchiseur dans un contrat de franchise n'a pas d'impact sur les prix.



## 5. La clause d'agrément au bénéfice du franchiseur en cas de cession du contrat par le franchisé

Si le franchiseur, lors de la cession de son fonds de commerce par le franchisé, renonce à exercer son droit de priorité, la clause d'agrément impose que le cessionnaire ait été expressément agréé par le franchiseur pour pouvoir poursuivre l'exécution du contrat de franchise. A défaut d'agrément, le contrat de franchise est automatiquement résilié.

### A. Analyse juridique des clauses d'agrément en droit belge

La plupart des contrats de franchise en Belgique prévoient que le franchiseur a le droit d'agréer ou de refuser le successeur de son franchisé qui décide de céder son fonds de commerce.

#### 1) Le caractère *intuitu personae* du contrat de franchise

La clause d'agrément est licite, car elle est caractéristique de l'*intuitu personae* du contrat de franchise. Dans un jugement en date du 14 mai 2004, le tribunal du travail de Charleroi a défini le contrat de franchise comme un contrat conclu « *entre deux entreprises qui se choisissent* »<sup>21</sup>. D'un côté, le franchisé choisit le franchiseur pour la maîtrise de son savoir-faire, la notoriété de sa marque et les performances de son réseau. De l'autre, le franchiseur sélectionne le franchisé en raison de son aptitude à mettre en œuvre le savoir-faire et reproduire fidèlement la méthode commerciale déterminée. Le franchisé a toujours le droit de céder son fonds de commerce. Cependant, en tant que maître du réseau, le franchiseur ne peut pas se voir imposer n'importe qui dans le réseau et doit avoir le droit de protéger son savoir-faire et l'image de sa marque. En assurant un équilibre entre ces deux droits, la clause d'agrément, en plus d'être licite, est tout à fait légitime.

Le caractère *intuitu personae* du contrat de franchise étend le champ d'application de la clause d'agrément aux éventuelles modifications sociétaires lorsque le franchisé est une personne morale. Dans cette hypothèse, le contrat a été conclu par le franchiseur en considération des qualités personnelles de la personne physique qui dirige la société franchisée. La fiction juridique de la personnalité morale n'empêche pas la rupture fautive du contrat de franchise si le dirigeant de la société franchisée

---

<sup>21</sup> Trib. Trav. Charleroi, 14 mai 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 377.

cède ses titres sans l'accord du franchiseur. Le tribunal de commerce de Verviers a pu confirmer cette solution dans un jugement du 24 novembre 1992<sup>22</sup>, en soulignant que « *la sélection du partenaire s'opère sur base de critères propres à la personne physique qui sera amenée à diriger l'entreprise franchisée* ».

## 2) La limite de la clause d'agrément : l'abus de droit

Si le franchiseur a le droit de refuser d'agréer le successeur de son franchisé, il ne peut pas en abuser. L'abus de droit est la règle protectrice du franchisé qui se trouve confronté à des décisions discrétionnaires du franchiseur. En cas de refus d'agrément par le franchiseur, il faut que les motifs invoqués soient raisonnables : absence d'expérience, moyens financiers insuffisants, passé professionnel trouble, etc.

En cas de litige relatif au contrat de franchise, le juge saisi a un pouvoir de contrôle de l'existence ou l'absence d'abus du franchiseur dans l'exercice de son droit de refus d'agrément. Il doit alors statuer en tenant compte des intérêts respectifs des parties. La jurisprudence a eu l'occasion de faire application de cette règle : le président du tribunal de commerce de Hasselt, le 24 septembre 1997, s'est prononcé dans un litige concernant un franchisé qui désirait céder son contrat de franchise et avait trouvé un candidat acceptant de reprendre son contrat moyennant des conditions financières sur lesquelles un accord était intervenu avec lui<sup>23</sup>. Il a jugé que le franchiseur avait commis un abus de droit en refusant d'agréer ce franchisé, alors qu'il n'avait aucun intérêt à maintenir ce refus. En considérant que cette situation créait une disproportion manifeste entre les intérêts des parties, la cession a été autorisée et le franchiseur a été condamné sous astreinte à agréer le repreneur. En pratique, il est donc vivement recommandé que le refus du franchiseur ne soit pas arbitraire mais motivé sur des éléments qu'il peut démontrer.

## **B. Résultats de l'instruction menée en Belgique**

L'instruction a permis de relever que les trois quarts des contrats de franchise analysés contiennent une clause d'agrément au profit du franchiseur.

---

<sup>22</sup> Comm. Verviers, 24 novembre 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 963 cité in B. PINCHART et J-P TRIAILLE, *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, Larcier, 1996, p. 102.

<sup>23</sup> Prés. Comm. Hasselt, 24 septembre 1997, *D.A.O.R.*, n°47, p. 95.

A l'instar de la clause octroyant un droit de priorité au franchiseur sur la vente du fonds de commerce de son franchisé (cf. supra), il convient de s'intéresser au délai dans lequel le droit d'agrément peut être exercé. Celui-ci doit à la fois permettre au franchiseur d'étudier sérieusement le profil du candidat repreneur, et éviter au franchisé le ralentissement voire le blocage de ses négociations avec son potentiel cessionnaire.

A partir du jour où la demande d'agrément est communiquée au franchiseur, ce dernier dispose dans la plupart des contrats d'un délai d'un mois pour faire connaître au franchisé sa décision d'agrément ou non le successeur éventuel. Ce délai d'un mois semble assurer un bon équilibre entre les intérêts des parties au contrat de franchise et c'est du reste le délai d'information précontractuelle prévu par la loi du 19 décembre 2005. Le délai d'exercice de la clause d'agrément devrait donc idéalement être supérieur au délai d'un mois prévu par la loi du 19 décembre 2005 mais ne pas excéder une durée raisonnable compte tenu de la nature du contrat en cause (durée de la formation d'un nouveau franchisé, durée de l'examen d'un dossier d'investissement auprès d'un banquier, etc.).

Si la clause d'agrément est licite et légitime, elle peut tout de même être utilisée de manière abusive par le franchiseur. Dans la mesure où l'abus de droit nécessite l'intervention du juge, celui-ci pourrait notamment s'inspirer de la notion de *justes motifs* prévue par l'article 10 de la loi sur les baux commerciaux.

## **C. Conclusions**

### **1. Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau**

L'insertion d'une clause d'agrément est à la fois licite et légitime et ne constitue normalement pas un obstacle à la sortie du réseau.

### **2. Quant à l'impact sur les prix**

L'insertion d'une clause d'agrément dans un contrat de franchise n'a pas d'impact sur les prix.

## **6. La clause pénale et la clause de dédit pour résiliation anticipée du contrat**

Pour s'assurer du respect de la durée des contrats de franchise, la plupart des franchiseurs font usage de clauses pénales ou de clauses de dédit en cas de rupture

anticipée du contrat. Le montant prévu des indemnités prévues par ces clauses correspond en général au montant des cotisations restant dû jusqu'à l'échéance du contrat ou à un certain pourcentage (pouvant atteindre 10 %) du chiffre d'affaires de l'affilié.

#### **A. Analyse juridique de la clause pénale pour rupture anticipée en droit belge**

La responsabilité contractuelle, posée par l'article 1134 du Code civil, oblige le contractant qui n'exécute pas correctement la prestation mise à sa charge par le contrat, à réparer le préjudice que cette inexécution, totale ou partielle, cause à l'autre partie. Comme pour tout autre contrat, la résiliation d'un contrat de franchise en raison de la faute d'une des parties ouvre donc droit à réparation du préjudice subi par l'autre partie, victime de la faute contractuelle. En raison de la difficulté pour cette victime de prouver et chiffrer son dommage, les parties à un contrat peuvent prévoir une clause d'indemnité, ou « clause pénale », par laquelle elles fixent, de manière anticipée et forfaitaire, le montant des dommages et intérêts dont l'une ou l'autre d'entre elles sera redevable en cas d'inexécution fautive de sa part. Dans ce cas, l'indemnisation est due de plein droit en cas de manquement contractuel et la victime est dispensée de rapporter la preuve de l'existence et la hauteur de son préjudice.

La clause pénale est légale. Depuis la loi du 23 novembre 1998, l'article 1226 du Code civil la définit comme la clause « par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage subi par suite de ladite inexécution ». Dans la mesure où elle détermine une réparation sous forme de dommages et intérêts, la clause pénale ne peut jouer qu'en cas d'inexécution fautive par le cocontractant de l'une de ses obligations. Elle ne peut constituer une peine ou un moyen de contrainte.

La clause pénale ne doit pas être disproportionnée. L'article 1231, § 1, du Code civil accorde en effet au juge le pouvoir de réduire son montant, d'office ou à la demande du débiteur, lorsqu'elle est manifestement excessive par rapport au montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention.

Il convient de distinguer la clause pénale de la « clause de dédit ». Dans une clause de dédit, la somme que le débiteur s'engage à payer à l'autre partie n'est que la contrepartie du droit qui lui est reconnu de mettre fin anticipativement au contrat. A l'inverse de la clause pénale, l'indemnité de dédit n'est donc pas la sanction d'un

manquement contractuel, mais en quelque sorte « *le prix que le débiteur a accepté de payer pour pouvoir, à sa meilleure convenance se départir du contrat* »<sup>24</sup>. La Cour de cassation considère qu'une clause qualifiée de dédit échappe au régime défavorable de la réductibilité de la clause pénale par le juge<sup>25</sup>.

Afin de savoir si elle crée un véritable déséquilibre au détriment du franchisé, la clause pour résiliation anticipée doit être analysée sous l'angle de son mode de déclenchement. La question est la suivante : l'obligation d'indemnisation à la charge du franchisé qui résilie avant le terme du contrat est-elle due dans tous les cas de rupture ou uniquement en cas de rupture à ses torts ? Si un franchisé est tenu d'indemniser son franchiseur quelque soit la raison pour laquelle il rompt anticipativement le contrat, en dehors de toute faute de sa part, la clause pénale est détournée de son but indemnitaire. Elle devrait alors être qualifiée de clause de dédit et reviendrait à rendre payante la faculté de résiliation anticipée, même si le contrat a été parfaitement exécuté.

## **B. Résultats de l'instruction menée en Belgique**

L'analyse des contrats de franchise a révélé que la moitié d'entre eux contiennent une clause pénale pour rupture anticipée. En guise de justification, certaines clauses précisent que l'indemnité due est destinée à « *compenser le manque à gagner du franchiseur* ». En outre, la plupart des clauses pénales prévoient également que le franchiseur conserve le droit de réclamer la réparation de l'intégralité de son préjudice s'il excède le montant fixé à titre de clause pénale.

Quant au mode de déclenchement de la clause pénale, celui-ci varie selon les cas :

- un tiers des clauses pénales prévoit que l'indemnité ne sera due au franchiseur qu'en cas de résiliation anticipée du contrat pour faute du franchisé. Étant destinée à ne réparer que le préjudice réellement subi par le franchiseur du fait de son franchisé fautif, celles-ci respectent la nature indemnitaire de la clause et sont les plus légitimes et protectrices des intérêts des deux parties ;
- le deuxième tiers de ces clauses aménage une obligation d'indemnisation en cas de résiliation anticipée à l'exception d'une rupture en raison de la faute du franchiseur. Ces clauses pénales protègent dans une moindre mesure le franchisé, qui devra indemniser son ancien franchiseur dès lors qu'il rompt le contrat avant son terme, en excluant tout de même le cas d'une faute de la part de son cocontractant ;

---

<sup>24</sup> B. KOHL, R. SALZBURGER et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses de *take or pay* : des clauses originales et méconnues », *J.T.*, 2009, p. 350.

<sup>25</sup> Cass., 22 oct. 1999, *R.C.J.B.*, 2001, p. 103, note I. MOREAU-MAGREVE; *J.L.M.B.*, 2000, p. 476; *Bull. Cass.*, 1999, p. 1373; *R.D.C.*, 2000, p. 181.

- le reste des clauses pénales analysées imposent au franchisé d'indemniser son ancien franchiseur dans tous les cas de rupture anticipée, c'est-à-dire sans aucune exigence de faute de sa part. Elle n'exclut pas non plus expressément l'obligation d'indemnisation en cas de faute du franchiseur. Dans ce sens, la clause prévoyant les conséquences de la fin d'un contrat analysé, liant un réseau de distribution de prêt-à-porter et son franchisé, stipule : « *Dans le cas d'une résiliation anticipée, le franchiseur aura droit à un versement forfaitaire par le franchisé des redevances qu'il aurait normalement perçues jusqu'à la fin du contrat* ».

Prévue dans un contrat de franchise d'une durée longue (9 ans), la clause précitée prive le franchisé d'une réelle liberté de résilier anticipativement s'il ne dispose pas du montant total, parfois très élevé, des cotisations restant dues jusqu'à échéance normale du contrat.

Concernant le but indemnitaire de la clause pénale, une clause d'un contrat de franchise de services stipule qu'en cas de cession du contrat par le franchisé, ce dernier devra verser au franchiseur, au moment de la cession, une « cotisation de cession » égale à 25 % du droit d'entrée en vigueur au moment de la cession. Cette clause impose au franchisé, en cas de cession du contrat, de verser à son franchiseur une somme qui n'est fondée sur aucune idée de faute. Ne présentant aucun caractère indemnitaire, elle doit pour cette raison être qualifiée de « clause de dédit ».

Enfin quant au montant, la plupart des clauses prévoient l'obligation de payer au franchiseur le montant des redevances restant des jusqu'au terme du contrat. Cette somme permet de compenser le manque à gagner du franchiseur, estimé égal aux redevances qu'il aurait en principe dû percevoir si le contrat n'avait pas été rompu de manière anticipée.

Par ailleurs, parmi les clauses analysées, un exemple de clause a retenu notre attention en ce qu'elle prévoit que la somme due en application de la clause pénale est égale à 50 % du chiffre d'affaires facturé par le franchiseur dans le magasin, multipliée par le nombre de mois au prorata restant à courir jusqu'à l'arrivée du terme. Cette prévision contractuelle impose au franchisé qui désire résilier son contrat une sanction financière, dont le montant peut s'avérer considérable.

## **C. Conclusions**

### **1. Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau**

L'insertion d'une clause pénale ou de dédit est à la fois licite et légitime et ne constitue normalement pas un obstacle à la sortie du réseau.

## **2. Quant à l'impact sur les prix**

L'insertion d'une clause pénale ou de dédit dans un contrat de franchise n'a pas d'impact sur les prix.

## **7. L'obligation de restitution en fin de contrat des aides commerciales accordées par le franchiseur**

### **A. Analyse juridique**

Dès la signature du contrat de franchise et pendant toute la durée de son exécution, le franchiseur a intérêt à ce que l'activité de son franchisé soit prospère, d'autant plus que dans la majorité des cas, la redevance est calculée sur son chiffre d'affaires. Si le franchiseur a, par principe, droit à une rémunération pour l'assistance qu'il fournit au franchisé ainsi que le savoir-faire et l'enseigne qu'il lui transmet, le but d'un contrat de franchise ne saurait se limiter à cette contrepartie financière.

D'une part, le franchisé, contrairement à l'agent commercial, le représentant de commerce ou encore l'employé, agit en son nom propre et pour son propre compte. En tant que propriétaire de son fonds de commerce, l'exploitation de l'activité à ses risques et périls peut renforcer sa motivation à voir son chiffre augmenter. D'autre part, lorsqu'une tête de réseau décide d'intégrer un nouveau distributeur dans son réseau, il mise sur lui afin que celui-ci se développe, mais qu'il développe également le réseau en son entier, sa réputation et son image de marque. Un auteur a identifié un des avantages stratégiques de la franchise en considérant que « *grâce à la franchise, le développement des produits et/ou services évolue plus rapidement que dans le commerce classique, par le fait que la formule de franchise est censée se développer sur le plan du rayonnement, de l'expansion et de l'exploitation, à chaque fois qu'un franchisé adhère au réseau de franchise* »<sup>26</sup>.

Lors de son adhésion au réseau, le franchisé doit financer sa nouvelle exploitation, ce qui représente un effort financier important : acquisition de foncier commercial, embauche de personnel, mise en place de la formule commerciale du franchiseur, dépenses publicitaires, commande de marchandises, etc. Le franchiseur peut alors être tenté de lui proposer son soutien financier, que le franchisé sera fréquemment enclin à accepter. Il existe également des situations où c'est le franchisé qui demande le soutien du franchiseur. Si une telle aide peut constituer une « bouffée d'air » pour le franchisé devant faire face à de très nombreux frais lors de son installation, elle représente également un risque plus ou moins important selon le montant, dans la mesure où le remboursement de l'aide commerciale pourra être

---

<sup>26</sup> O. VAES, *Franchising, Guide pratique pour juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 8.

demandé au franchisé à la fin de la relation contractuelle. A cette période, l'aide bienvenue lors de l'installation devient un poids financier important pour le franchisé désireux de quitter le réseau, et qui devra pour cela disposer de la somme avancée spontanément par son franchiseur quelques mois ou années plus tôt.

## **B. Résultats de l'instruction menée en Belgique**

Dans le cadre d'un contentieux soulevé à l'occasion de la résiliation d'un contrat de franchise, un franchisé s'est vu réclamer par son ancien franchiseur le remboursement d'une « intervention commerciale » que ce dernier lui avait accordée spontanément lors de son installation. En effet, le franchiseur avait, lors de la conclusion du contrat de franchise, accordé une aide financière à son franchisé, dans un courrier rédigé comme suit :

« Nous avons l'honneur de vous annoncer que notre société est disposée à vous accorder, dans le cadre de l'exploitation d'un magasin X (le magasin franchisé), une intervention commerciale unique de 50.000 euros. [...] Il va de soi que cette aide présente un caractère personnel, tout comme le contrat de franchise même. Ainsi, ces montants devront être remboursés si, pour n'importe quelle raison, sauf le cas envisagé par l'article 37.17 du contrat de franchise, vous arrêtez avant la fin de la première période de 9 ans l'exploitation du point de vente, ou si votre société n'est plus gérée par les mêmes dirigeants et actionnaires. »

En l'espèce, le contrat a été résilié par le franchiseur 14 mois seulement après sa conclusion. Le franchisé s'est alors trouvé dans une situation financière extrêmement délicate, en raison des faits de l'espèce, et notamment de l'obligation de restituer à son ancien franchiseur cette « intervention commerciale » qu'il lui avait accordée.

## **C. Conclusions**

### **1. Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau**

L'insertion d'une clause portant obligation de restituer en fin de contrat les aides commerciales accordées par le franchiseur est à la fois licite et légitime et ne constitue normalement pas un obstacle à la sortie du réseau.

### **2. Quant à l'impact sur les prix**

L'insertion d'une clause portant obligation de restituer en fin de contrat les aides commerciales accordées par le franchiseur dans un contrat de franchise n'a pas d'impact sur les prix.



## 8. La perte du droit aux ristournes de fin d'année

Dans le cadre de leurs relations commerciales, le franchiseur accorde fréquemment des réductions sur le prix payé pour l'achat de ses produits par son franchisé, notamment sous forme de remises ou ristournes.

### A. Analyse juridique des ristournes de fin d'année en droit belge

Alors que la remise est une réduction pratiquée directement sur le prix d'achat, la ristourne consiste en une réduction calculée sur un ensemble d'opérations d'achats effectuées avec le franchiseur pour une période déterminée. A la différence de la remise qui est immédiate, la ristourne entraîne, en fin d'exercice, une restitution sur le prix payé lors de l'opération à laquelle elle était attachée<sup>27</sup>. En pratique, ces réductions peuvent prendre le nom de « ristournes de fin d'année ou RFA », que le franchiseur calcule en fonction du chiffre d'affaires réalisé tout au long de l'année avec le franchisé. Pour exemple, une clause relevée dans l'un des contrats de franchise étudiés prévoit le droit pour le franchisé à une « *ristourne quantitative de développement [...] calculée au prorata des achats du 1 janvier au 31 décembre [...] payée en fin d'année en fonction des résultats* ».

Les réductions accordées au franchisé peuvent s'analyser comme une forme d'incitation à privilégier les achats auprès de fournisseurs ou de centres de distribution agréés par le franchiseur. Ainsi, elles permettent à ce dernier d'assurer le respect des normes de qualité, de l'image du réseau et du suivi des quantités lors de la commercialisation de ses produits, ainsi que l'uniformisation de l'assortiment de produits présenté par l'ensemble des franchisés de son réseau. De plus, ces réductions de prix représentent pour le franchisé un véritable complément de rémunération.

Une telle clause, largement répandue dans les contrats de franchise, est légale. Sa validité s'étend même au cas où elle est stipulée non pas dans le contrat de franchise proprement dit, mais dans un manuel commercial, ou « bible », annexé au contrat.

---

<sup>27</sup> D. FERRIER, *Le droit de la distribution*, Paris, Litec, 2008, p.134.

## B. L'exemple jurisprudentiel de la perte par le franchisé de son droit aux ristournes de fin d'année

Un contentieux soulevé à l'occasion de la résiliation d'un contrat de franchise a montré que le franchiseur peut, par le biais de dispositifs contractuels, complexifier les modalités de paiement des ristournes de fin d'année et ainsi faire perdre son droit au paiement de ces réductions au franchisé qui résilie le contrat avant son terme.

En l'espèce, le « Manuel Commercial » annexé au contrat de franchise litigieux prévoyait l'octroi au franchisé de « remises sur le volume » calculées sur le prix des marchandises achetées auprès du franchiseur ou de la centrale de distribution gérée ou agréée par lui. Il y était prévu qu'elles soient comptabilisées une fois l'an, lors de la clôture de l'année comptable du franchiseur, dans le courant du mois de mai de l'année suivant celle à laquelle elle se rapporte. Tel que défini dans le contrat de franchise, le « Manuel Commercial » comportait le savoir-faire du franchiseur, formulé dans un ensemble de documents par nature évolutifs, pouvant être régulièrement adaptés et/ou complétés par lui.

Pendant l'exécution du contrat de franchise, le franchiseur a modifié unilatéralement le « Manuel Commercial » en subordonnant l'octroi de ces remises à de nouvelles conditions : exploiter le point de vente au 31 décembre de l'année à laquelle la remise se rapporte et ne pas avoir dénoncé le contrat de franchise à la date à laquelle la remise est payable.

En cours d'année, la société franchisée a résilié unilatéralement le contrat de franchise et revendiqué son droit au paiement des ristournes de fin d'année lui étant dues au *pro rata temporis*, pour la période courant du 1<sup>e</sup> janvier au jour de la rupture. Le premier juge l'a déboutée de cette demande, estimant que, dans la mesure où elle touche aux conditions d'octroi des remises et aux conséquences d'une résiliation, c'est-à-dire aux aspects économiques de la relation entre les parties et au droit du franchisé d'obtenir le paiement de ce qui lui a été promis, la modification unilatérale du « Manuel Commercial » par son ancien franchiseur pouvait lui être opposable<sup>28</sup>.

Cette décision a été confirmée en appel. Par un arrêt rendu le 2 février 2012<sup>29</sup>, la Cour d'appel de Bruxelles a admis la validité de la clause du contrat de franchise autorisant l'une des parties à modifier unilatéralement certains aspects du contrat, même affectant les données économiques de la relation contractuelle. Elle a jugé que le franchiseur avait pu « *sans commettre d'abus, limiter l'octroi de la remise aux franchisés qui lui sont fidèles et donc, assurer ainsi la stabilité de son réseau de distribution, but compatible avec l'objet même du Manuel Commercial* ».

---

<sup>28</sup> Comm. Bruxelles, 74<sup>e</sup> ch., 23 décembre 2008, inédit, R.G. n°079285/A.

<sup>29</sup> Bruxelles, 10 février 2012, inédit, R.G. n°2009/A R/1322.

En l'espèce, les juges ont considéré qu'une modification unilatérale par le franchiseur d'une clause affectant les aspects économiques de ses relations avec le franchisé ne porte nullement atteinte à un élément essentiel du contrat de franchise, et n'est pas contraire au principe de l'exécution de bonne foi des conventions.

Cette jurisprudence est largement défavorable au franchisé souhaitant rompre un contrat de franchise. Il pourrait alors, en application d'un tel raisonnement, et dans la mesure où les faits seraient proches de ceux de l'espèce, se voir refuser le droit aux ristournes que le franchiseur s'était pourtant engagé à lui verser, en « récompense » des achats effectués auprès de lui. Selon les volumes d'achats du franchisé, une telle solution peut avoir des conséquences financières considérables au jour de la rupture du contrat de franchise, susceptibles de dissuader le franchisé de rompre la relation. Ajoutée notamment à la clause pénale pour résiliation anticipée, la perte du droit aux ristournes de fin d'année est une sanction financière de plus infligée au franchisé quittant le réseau.

## **C. Conclusions**

### **1. *Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau***

L'insertion d'une clause portant sur les ristournes de fin d'année accordée par le franchiseur au franchisé est à la fois licite et légitime et ne constitue normalement pas un obstacle à la sortie du réseau.

### **2. *Quant à l'impact sur les prix***

L'insertion d'une clause portant sur les ristournes de fin d'année accordée par le franchiseur au franchisé n'a pas d'impact sur les prix.

## **9. Les droits d'entrée payables à l'échéance du contrat de franchise**

Des contrats prévoient un droit d'entrée dans le réseau correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires prévisionnel, dont le paiement est différé au jour où le contrat de franchise prend fin.

Une telle clause contractuelle n'est pas illégale. Pour des raisons financières évidentes, elle peut en effet être susceptible de dissuader le franchisé de quitter le réseau, puisqu'au jour de l'échéance de son contrat de franchise, elle l'obligerait à payer un véritable « droit de sortie ».

## A. Analyse juridique du droit d'entrée en droit belge

Egalement appelé redevance forfaitaire initiale, le droit d'entrée peut se définir comme « une contribution aux investissements, souvent très importants, réalisés par le franchiseur pour l'élaboration de son concept et aussi une rémunération de tous les services rendus par le franchiseur préalablement à l'ouverture du point de vente : entretiens, transmission du savoir-faire par une formation et/ou un stage, recherche d'un emplacement, assistance dans les démarches précédant l'ouverture, etc. »<sup>30</sup>.

Le montant de ce droit d'entrée varie selon les réseaux de distribution, et repose généralement sur différents critères, dont :

- la notoriété du franchiseur ;
- la réputation de la marque ;
- l'importance de l'assistance fournie à l'occasion du lancement ;
- l'étendue de la zone d'exclusivité ;
- etc...

Le droit d'entrée, même différé, est légal et peut donc être prévu dans un contrat de partenariat commercial.

## B. Résultat de l'instruction menée en Belgique

Un droit d'entrée différé n'a pas pu être relevé dans les contrats étudiés en Belgique.

L'instruction menée sur les différents contrats de franchise a cependant permis de relever une clause singulière, présente dans un contrat relatif à la vente de matériels multimédia : « *Un droit d'entrée de 75.000 Euros sera dû par le franchisé au franchiseur. Ce droit est payable par mensualité de 1.250 Euros pendant 5 ans à partir du 01.01.2004.* »

Sans reporter son échéance à la fin du contrat, cette clause soulève le problème de l'étalement du paiement du droit d'entrée. Cette modalité peut se comprendre comme une sorte de facilité de paiement accordée par le franchiseur à son franchisé. Cependant, un paiement par mensualité pendant cinq ans à partir du jour de la conclusion du contrat semble détourner le droit d'entrée de son but d'origine.

---

<sup>30</sup> A. LOMBART et D. SERVAIS, *op.cit.*, p. 189.

Elle est d'autant plus curieuse qu'en l'espèce, le contrat était conclu pour une durée initiale de trois ans, tacitement renouvelable pour des périodes successives de trois ans. En pratique, l'obligation pour le franchisé d'étaler le paiement du droit d'entrée sur cinq ans rend plus difficile pour le franchisé de sortir du réseau à l'issue de la première période de trois ans. A cette période, il serait confronté au choix entre le renouvellement du contrat imposé de facto pour une nouvelle période de trois ans, et l'obligation de liquider le solde du droit d'entrée restant dû à la fin du contrat. Cet aménagement contractuel peut donc constituer pour le franchisé un obstacle à la sortie du réseau.

## **C. Conclusions**

### **1. *Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau***

Bien que cette clause soit rarissime en Belgique, l'insertion d'une clause relative aux droits d'entrée payable à l'échéance du contrat de franchise est à la fois licite et légitime et ne constitue normalement pas un obstacle à la sortie du réseau.

### **2. *Quant à l'impact sur les prix***

L'insertion d'une clause relative aux droits d'entrée payable à l'échéance du contrat de franchise n'a pas d'impact sur les prix.

## **10. Le sort des stocks à la fin du contrat de franchise**

Les stocks que le franchisé devra gérer au jour de la rupture du contrat peuvent représenter un enjeu matériel et financier parfois conséquent, et ainsi le freiner à quitter un réseau de distribution.

### **A. Régime juridique du sort des stocks en fin de contrat**

Dans les contrats de distribution et notamment en franchise, il est fréquent que le franchiseur impose à son franchisé de posséder et de maintenir un stock minimal de marchandises contractuelles tout au long de leurs relations, afin d'en assurer une meilleure commercialisation. Une fois le contrat résilié ou arrivé à échéance, le franchisé se trouve en principe incapable de vendre les produits de son ancien franchiseur, parce qu'il peut être lié par une clause de non concurrence ou qu'il a

perdu le droit d'utiliser l'enseigne. Bien que ces marchandises soient la propriété du franchisé, celui-ci, en les vendant, pourrait également se rendre coupable d'un acte de concurrence déloyale, tant à l'égard de son ancien franchiseur, qu'à l'égard d'un nouveau franchisé installé sur son ancien territoire.

Cette question se résout aisément lorsqu'elle a été prévue contractuellement, mais dans le silence du contrat, il convient de se référer à l'interprétation faite par la jurisprudence et la doctrine. La jurisprudence relative à la reprise des stocks dans un contrat de franchise étant faible, il convient de s'intéresser aux solutions données par la doctrine et la jurisprudence dans le cadre d'un contrat voisin, le contrat de concession de vente.

### 1) En présence d'une clause contractuelle

Afin de savoir si les parties peuvent librement régler un aspect de leur relation contractuelle par le biais d'une clause insérée dans le contrat et, le cas échéant, si cette clause est valable, il convient de vérifier s'il existe une disposition légale impérative en la matière. En droit belge, aucune disposition légale particulière ne prévoit le sort des stocks que détient le distributeur à la fin du contrat de distribution.

En vertu de l'article 1134 du code civil, selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », les parties peuvent librement décider, par l'insertion d'une clause contractuelle, du sort qu'elles entendent réserver aux stocks à la fin de ce contrat. Conformément à cette règle, la jurisprudence est en principe tenue de donner effet aux clauses prévues dans le contrat, quelque soit le sort que les parties ont réservé aux stocks.

Cependant, en matière de concession de vente, la jurisprudence a admis certains tempéraments au principe d'autonomie de la volonté, en y dérogeant au nom de la bonne foi<sup>31</sup>. En ce sens, il a notamment été jugé qu' « *avant de décider s'il convient de déroger, au nom de la bonne foi, à l'application d'une clause stipulant que le concédant ne sera pas tenu de reprendre le stock en fin de contrat, il y a lieu de recourir à une expertise pour évaluer le stock* »<sup>32</sup>.

La clause relative aux stocks en fin de contrat prévoit le plus souvent le prix ainsi que les conditions de leur reprise, notamment l'absence de faute du distributeur (concessionnaire ou franchisé) lors de la rupture et l'obligation pour ce dernier de demander la reprise dans un certain délai après la cessation du contrat.

---

<sup>31</sup> P. KILESTE, P. HOLLANDER et C. STAUDT, *La résiliation des concessions de vente, 50 ans d'évolution de la loi du 27 juillet 1961*, Anthemis, 2011, p. 172.

<sup>32</sup> Liège, 12 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 785 et note P. KILESTE, *R.R.D.*, 1994, p.68.

Comme dans de nombreux aspects d'une relation contractuelle, il est évidemment conseillé de prévoir dans le contrat le sort des stocks dans une clause du contrat.

## 2) En l'absence de prévision contractuelle

Comme dit précédemment, la question de la reprise des stocks en fin de contrat n'est pas réglée par le droit commun. Lorsque le contrat ne contient aucune disposition particulière sur ce point, la réponse ne peut donc résulter que de la doctrine et de la jurisprudence.

En matière de concession de vente, la jurisprudence et la doctrine ont toujours majoritairement considéré que, dans le silence du contrat, il appartient au concédant de reprendre le stock encore en possession du concessionnaire à la rupture du contrat.

Après des controverses quant au fondement de cette obligation, le principe de l'obligation de reprise des stocks par le concédant a été confirmé par la Cour de cassation par un arrêt du 31 octobre 1997. La Cour d'appel avait considéré que « *l'exécution de bonne foi des conventions implique, en l'absence de dispositions contractuelles spécifiques en sens contraire, qu'à la fin de la convention, le stock constitué par le concessionnaire soit repris par le concédant ainsi que l'outillage* », et la Cour de cassation a considéré que « *l'arrêt donne à la convention les effets qui découlent du principe d'exécution de bonne foi des conventions* »<sup>33</sup>.

Cette solution peut être nuancée en fonction des circonstances de la rupture. En cas de résiliation à bon droit de la concession pour motif grave par le concédant, ce dernier n'est pas tenu par la jurisprudence à l'obligation de reprise des stocks<sup>34</sup>.

Par ailleurs, si le concessionnaire met fin à la concession sans préavis, il a été jugé que le concédant est en droit d'invoquer l'exception d'inexécution et de ne pas reprendre le stock<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Cass., 31 octobre 1997, *J.T.*, 1998, p. 380 ; *R.D.C.* 1998, p. 228.

<sup>34</sup> Liège, 29 mai 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 310.

<sup>35</sup> Gand, 12 avril 2000, inédit, R.G. n°1065/97

## B. Résultats de l'instruction menée en Belgique

L'instruction effectuée sur une vingtaine de contrats a révélé que cinq d'entre eux contenaient une clause prévoyant le sort réservé par les parties aux stocks détenus par le franchisé à l'issue de leur relation contractuelle. Leur analyse au cas par cas permet de révéler les pratiques des franchiseurs susceptibles de dissuader leurs franchisés de mettre fin à leurs relations contractuelles.

### 1<sup>er</sup> exemple de clause de reprise des stocks

- Reprise obligatoire des stocks par le franchiseur, quelque soit la cause de la cessation du contrat de franchise.
- Les stocks seront repris par le franchiseur au prix le plus faible entre la valeur d'achat et la valeur nette.

Cette clause de reprise des stocks est protectrice du franchisé dans la mesure où la reprise obligatoire des stocks par le franchiseur n'est pas conditionnée par le mode de cessation du contrat. Le franchisé en bénéficie même dans l'hypothèse d'une rupture du contrat à ses torts exclusifs, en cas de manquement grave à une de ses obligations contractuelles par exemple. La reprise obligatoire des stocks par le franchiseur met son franchisé à l'abri de tout problème de commercialisation de ces produits après une éventuelle perte du droit d'utiliser l'enseigne ou mise en jeu d'une clause de non concurrence post-contractuelle. Du côté du franchiseur, elle présente deux avantages : la garantie que « ses produits ne seront pas vendus à un prix tellement bas que l'image de sa marque s'en trouverait atteinte » et « plus de facilité pour écouler la marchandise au sein de son réseau »<sup>36</sup>.

Cette clause pose cependant un problème dans l'hypothèse, rare mais déjà rencontrée en pratique, où le franchisé n'est pas tenu par une clause de non-concurrence post-contractuelle. Il se voit privé d'un stock dont il est propriétaire, et dont il pourrait poursuivre la commercialisation en dépit de l'extinction du contrat de franchise.

Le mode de calcul du prix de reprise des stocks est, quant à lui, défavorable au franchisé puisque la clause prévoit qu'ils seront repris au prix le plus faible entre leur valeur d'achat et leur valeur nette. Cette détermination du prix peut créer une perte financière importante à la charge du franchisé.

---

<sup>36</sup> A. LOMBART et D. SERVAIS, *op. cit.*, p. 253.



### 2<sup>ème</sup> exemple de clause de reprise des stocks

- Reprise obligatoire des stocks par le franchiseur, sauf en cas de résiliation du contrat aux torts du franchisé.
- Les stocks seront repris par le franchiseur à un prix calculé sur base de la valeur réelle des produits, soit le prix de vente au moment de la reprise hors TVA et sous déduction de la marge bénéficiaire.

A l'instar de celle précédemment analysée, cette clause de reprise des stocks est également protectrice du franchisé, sous réserve toujours du cas d'absence de clause de non-concurrence post-contractuelle. La prise en charge des stocks invendus à la rupture du contrat sera intégralement gérée par le franchiseur. Cependant, la reprise des stocks par le franchiseur dépend, en l'espèce, de la cause de cessation du contrat puisqu'elle est exclue en cas de résiliation aux torts du franchisé. Elle soumet donc l'octroi de cet avantage post-contractuel à l'absence de manquement du franchisé, permettant ainsi au franchiseur d'éviter la commercialisation de ses produits par un ancien franchisé fautif.

### 3<sup>ème</sup> exemple de clause de reprise des stocks

- Le franchisé dispose d'un délai d'un mois pour écouler le stock, quelque soit la cause de la cessation du contrat.
- Le franchisé s'engage à ne pas céder le stock dans des conditions qui puissent porter atteinte à l'image de marque des produits.
- A la cessation du contrat, le franchiseur dispose d'un droit de reprise facultatif, pour une valeur de 50 % du prix d'achat hors taxe initial.
- A l'expiration de la période d'un mois de liquidation du stock par le franchisé, le franchiseur doit reprendre le stock, pour une même valeur de 50 % du prix d'achat hors taxe initiale.

En l'espèce, le franchiseur accorde au franchisé le droit de liquider son stock invendu en utilisant l'enseigne du réseau, pendant un délai d'un mois, sans soumettre cette autorisation à la cause de la rupture du contrat. En contrepartie de cette autorisation du franchisé à liquider le stock, celui-ci doit s'engager à ne pas le céder dans des conditions pouvant porter atteinte à l'image de marque des produits. Cette obligation permet au franchiseur de s'assurer que ses produits seront commercialisés dans les mêmes conditions avant et après la cessation des relations contractuelles avec son franchisé. De plus, les stocks restés invendus à l'issue de cette période de liquidation seront repris par le franchiseur, pour une valeur fixée contractuellement.

Parallèlement, le franchiseur dispose d'un choix, au jour de la cessation du contrat, entre laisser son ancien franchisé liquider son stock invendu ou le reprendre directement afin d'en assurer lui-même la commercialisation.

#### 4<sup>ème</sup> exemple de clause de reprise des stocks

- Le franchisé dispose d'un délai d'un mois pour écouler le stock, quelque que soit la cause de la cessation du contrat.
- Le franchisé s'engage à poursuivre la commercialisation des produits conformément aux stipulations du contrat de franchise et aux instructions du franchiseur, et à ne rien faire qui puisse être de nature à nuire à l'image et à la réputation du réseau.
- A l'expiration de la période d'un mois de liquidation du stock par le franchisé, le franchiseur doit reprendre le stock.

Comme la précédente, cette clause contractuelle autorise le franchisé à poursuivre la commercialisation du stock invendu après la cessation du contrat, dans un délai d'un mois. La reprise obligatoire du stock par le franchiseur à l'issue de ce délai de liquidation n'est cependant pas assortie de conditions financières précisant la valeur de reprise, pouvant ainsi engendrer une insécurité pour le franchisé, alors incertain de la somme qu'il pourra obtenir de la reprise de ses stocks.

#### 5<sup>ème</sup> exemple de clause de reprise des stocks

- Le franchisé dispose d'un délai de trois mois pour écouler le stock, sauf en cas de résiliation du contrat aux torts du franchisé.
- Pendant le délai de liquidation, le franchiseur dispose d'un droit de reprise facultatif du stock, à une valeur de 50 % du prix d'achat.
- A l'expiration du délai de liquidation, le franchiseur dispose d'un droit de reprise facultatif du stock, à une valeur de 20 % du prix d'achat.

En l'espèce, le franchisé dispose d'un délai de trois mois à compter de la cessation du contrat pour procéder à la liquidation de son stock invendu, celle-ci étant exclue en cas de résiliation du contrat aux torts du franchisé. Cette période peut s'avérer relativement longue, et donc gênante, pour un ancien franchisé désirant démarrer une nouvelle activité commerciale, éventuellement dans un nouveau fonds de commerce et certainement dans un domaine d'activité différent, afin de respecter la clause de non concurrence post-contractuelle par laquelle il reste lié à son ancien franchiseur.

De plus, la valeur de reprise facultative des stocks par le franchiseur (50 % du prix d'achat pendant le délai de liquidation, 20 % à son expiration) est relativement faible, et peu favorable au franchisé.

Une telle clause semble représenter un frein pour le franchisé qui souhaiterait quitter son réseau, en raison des pertes de temps et d'argent qu'il pourrait subir en cas de mauvaise liquidation de son stock invendu à l'issue du contrat.

## **C. Conclusions**

### **1. Quant à la question de l'obstacle à la sortie du réseau**

L'insertion d'une clause portant sur la reprise des stocks est à la fois licite et légitime et ne constitue normalement pas un obstacle à la sortie du réseau.

### **2. Quant à l'impact sur les prix**

L'insertion d'une clause portant sur la reprise des stocks dans un contrat de franchise n'a pas d'impact sur les prix.

---