

AVIS

Projet d'arrêté royal complétant les listes de clauses abusives pour les accords de partenariat commercial concernant le commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire





Introduction

Par lettre du 10 novembre 2023, le Ministre de l'Economie, Monsieur Pierre-Yves Dermagne, et le Ministre des Classes moyennes, des Indépendants et des PME, Monsieur David Clarinval, ont saisi la CCS Clauses abusives d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal préparé par l'administration en concertation avec les cabinets des ministres concernés. Les Ministres concernés ont demandé que cet avis soit fourni pour le 10 janvier 2024.

En annexe à cette lettre du 10 novembre, une liste noire et une liste grise ont été transmises à la CCS Clauses abusives avec des dispositions complémentaires concernant les accords de partenariat commercial en matière alimentaire dans le secteur du commerce de détail. Cette liste était accompagnée d'une note contenant une motivation générale et une justification spécifique des dispositions proposées.

A la demande de la CCS Clauses abusives, des documents supplémentaires ont ensuite été transmis, fournissant un aperçu des clauses qui ont donné lieu à l'avant-projet d'AR.

Le 21 décembre 2023, la CCS Causes abusives a alors pu recevoir, des Ministres concernés, un projet d'arrêté royal formalisé.

Compte tenu de ce court délai à la fin de l'année, la CCS Clauses abusives a été en mesure de rendre un avis plutôt sommaire.

Enfin, la CCS Clauses abusives fait remarquer que cet avant-projet d'AR est le premier AR à être pris en application de l'article VI.91/7 du Code de droit économique (ci-après CDE). Il s'agit donc d'un premier AR qui comprend les modalités des clauses contractuelles dans les accords conclus entre entreprises.

L'article VI.91/7 CDE dispose notamment que le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, et sur la proposition conjointe des ministres qui ont l'Economie et les Classes moyennes dans leurs attributions, pour les secteurs d'activité professionnelle ou les catégories de produits qu'il détermine, compléter les articles VI.91/4 et VI.91/5. Le Roi s'est vu attribuer ce pouvoir "en vue d'assurer l'équilibre des droits et obligations entre les parties dans les ventes de produits ou en vue d'assurer la loyauté des transactions entre entreprises".

Dans le présent avis, les dispositions proposées ne sont discutées que sur le plan du contenu. Il est indépendant de l'attitude individuelle des organisations siégeant à la CCS Clauses abusives, qui soit rejettent une telle initiative législative, soit la soutiennent comme une mesure nécessaire.

À cet égard, **les organisations représentant les personnes qui octroient le droit dans les accords de partenariat commercial** soulignent les **éléments suivants** :

- (1) Un tel AR ne peut être pris dans le marché intérieur européen qu'après une étude approfondie, tenant compte des nombreux débats et publications sur le sujet. Une telle analyse de l'impact de ce durcissement dans le secteur du commerce de détail alimentaire a-t-elle été effectuée ?
- (2) La législation b2b actuelle n'est-elle pas suffisante pour résoudre les problèmes cités ? Comme on le verra, certaines des dispositions introduites relèvent déjà des dispositions de la liste noire et de la liste grise. Ensuite, il y a aussi l'abus de dépendance économique (cfr. Art. IV.2 CDE, le législateur y décrit l'abus entre autres comme « *l'imposition de conditions contractuelles non équitables* ») et le chapitre sur les pratiques commerciales déloyales, y compris les pratiques commerciales agressives et trompeuses. Enfin, le Livre 5 du Code civil réprime également certains abus (par exemple, l'art. 5.37 "abus de circonstances" et l'art. 5.52 "clauses abusives").
- (3) Délimitation juridique correcte et non-respect du principe d'égalité

En particulier, dans la liste des dispositions et explications initialement soumises, on ne savait pas clairement si les accords de partenariat commercial en général ou les accords de partenariat commercial dans le commerce de détail alimentaire étaient visés.

Dans l'avant-projet d'AR transmis, il est clair que seul le commerce de détail alimentaire (code NACE 47.11.) était visé.

Les représentants des personnes qui octroient le droit se demandent si imposer des mesures plus strictes à certaines dispositions qui représentent un durcissement significatif par rapport au droit commun (comme, par exemple, interdire de prévoir une condition résolutoire expresse ou exclure la possibilité d'arbitrage ou d'une clause attributive de juridiction pour le règlement des litiges) uniquement pour le secteur alimentaire est bien conforme au principe d'égalité.

En ce qui concerne le secteur alimentaire, ces représentants soulignent qu'à côté des cinq acteurs majeurs, il existe également quelques petites chaînes. De plus, chacun a la possibilité de gérer son magasin de manière complètement indépendante (comme le font, par exemple, de nombreux night shops). Il existe également la possibilité de passer de l'un à l'autre à la fin du contrat, et il est toujours possible de refuser de conclure un contrat si l'on n'est pas d'accord.

Qui plus est, il y a encore d'autres secteurs dominés par un petit nombre d'acteurs, comme la banque ou les télécommunications.

(4) Insécurité juridique

Les clauses sont très vagues. Cet ajout porte atteinte à la liberté contractuelle et déroge au droit commun sur plusieurs points. Les clauses sont définies de manière très large et imprécise, ce qui entraînera des discussions interminables et une insécurité juridique. L'ajout à la liste noire des clauses interdites nécessite une définition très spécifique et claire de la clause d'interdiction.

- (5) Le texte des clauses ne correspond pas toujours à ce que le législateur veut régler dans la motivation générale.

Les représentants des organisations qui reçoivent le droit ne sont pas d'accord.

- (1) Comme il ressort également d'initiatives législatives récentes (par exemple, la directive UTP 2019/633), le bon fonctionnement du marché ne peut être garanti que si certains déséquilibres importants dans les relations entre les acteurs concernés sont combattus par le législateur.
- (2) et (3) Le secteur de la distribution alimentaire en Belgique se caractérise par la présence de peu d'acteurs (les 5 chaînes de supermarchés actives en Belgique) qui occupent généralement une position dominante dans leurs relations avec leurs partenaires commerciaux lorsqu'il s'agit de PME. Comme l'indique également la note conceptuelle fournie par les Ministres compétents, on retrouve de plus en plus d'opérateurs indépendants dans le commerce de détail. De plus, dans le cadre de ces réseaux de distribution, il apparaît que dans la pratique, ces opérateurs indépendants sont soumis à une très forte dépendance juridique et économique, et ont un pouvoir de négociation quasi inexistant vis-à-vis des grands acteurs du secteur de la distribution alimentaire. Les raisons ci-dessus fournissent donc une justification claire et motivée de cette nécessaire protection.
- (3) Comme il ressort, par exemple, de la disposition relative à (l'érosion de) l'obligation de livraison, de nombreux facteurs doivent être pris en compte pour évaluer l'exécution correcte et loyale des engagements respectifs. Par conséquent, les dispositions proposées pour les listes noire et grise doivent tenir compte de tous les facteurs pertinents. Si cela est expliqué correctement dans le rapport au Roi, cela n'entraînera pas d'insécurité juridique, mais servira plutôt les intérêts des deux parties.

1 Chapitre 1^{er}. Commentaires généraux de la CCS Clauses abusives

1.1 Impact concret

Comme discuté plus loin dans le champ d'application, cet avant-projet d'AR vise à réglementer certaines clauses dans les relations entre, d'une part, principalement les 5 grandes chaînes de supermarchés en Belgique et, d'autre part, quelque 2.000 points de vente indépendants. Il existe aussi de nombreuses différentes sortes de contrats de franchise, même au sein d'une même entreprise, avec différents niveaux de service (droits et obligations) et différents niveaux de rémunération.

1.2 Examen contextuel : prendre également en compte les intérêts du système de franchise en plus de ceux des deux parties contractantes

L'avant-projet d'AR vise à réglementer les accords de partenariat commercial conclus entre une entreprise et une autre entreprise de commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire. Ces accords de partenariat commercial sont communément appelés "accords de franchise".

Dans le Code de Déontologie Européen de la Franchise, cette notion se définit comme suit (voir site de la Fédération belge de la franchise (<https://www.fbf-bff.be>) :

"La franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchiseés, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchiseés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur.

Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchiseé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de service, le savoir-faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet. "

Dans les accords de franchise, étant donné la nature de ce concept, l'évaluation du caractère abusif ou non des clauses doit prendre en compte non seulement les intérêts contractuels des deux parties, le franchiseur et le franchiseé, mais aussi le système commercial en tant que tel.

Il est important que la personne qui octroie le droit surveille le système commercial. Ceci est également à l'avantage de la personne qui reçoit le droit.

1.3 Forme de l'AR

La CCS Clauses abusives a estimé qu'il convenait de reprendre les nouvelles dispositions dans une partie distincte des listes grise et noire, étant donné qu'elles régissent une situation spécifique. Cela pourrait se faire sous la forme d'un deuxième alinéa après les articles respectifs des listes noire et grise.

La CCS Clauses abusives a constaté que cela s'est effectivement produit dans l'avant-projet d'arrêté royal qui lui a été transmis le 21 décembre.

2 Chapitre 2. Champ d'application

"Accords de partenariat commercial dans le commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire"

Dans la liste des clauses interdites initialement transmise et dans la note conceptuelle expliquant ces dispositions, on ne savait pas clairement si cet avant-projet d'AR s'appliquerait de manière générale aux accords de partenariat commercial ou plus spécifiquement au commerce de détail alimentaire. Cela a entre-temps été précisé dans l'avant-projet d'AR transmis le 21 décembre 2023, où il est stipulé que les listes s'appliquent au « commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire ». Il s'agit d'une reprise *in extenso* du code NACE 47.11.

La CCS Clauses abusives recommande que le code NACE concerné qui est visé ici soit également clairement repris dans le texte de l'AR.

Pour cet avant-projet d'AR, la définition de l'accord de partenariat commercial figurant à l'article I.11, 2°, du CDE est utilisée pour cet avant-projet d'AR. Cette définition est libellée comme suit :

« 2° "accord de partenariat commercial" : accord conclu entre plusieurs personnes, par lequel une de ces personnes octroie à l'autre le droit, d'utiliser lors de la vente de produits ou de la fourniture de services, une formule commerciale sous une ou plusieurs des formes suivantes :

- une enseigne commune ;
- un nom commercial commun ;
- un transfert de savoir-faire ;
- une assistance commerciale ou technique. »

Bien que la notion juridique des "accords de partenariat commercial" soit plus large que celle des accords de franchise qui correspond davantage à ce secteur, la CCS Clauses abusives est d'accord qu'il est préférable de se référer à cette définition définie dans le CDE plutôt qu'à la notion "d'accords de franchise" qui n'est pas définie dans le CDE.

Il est vrai que cela alourdit la lecture de l'AR.

Autrement, il suffirait, par exemple, d'utiliser la notion "d'accord d'exploitation" pour ne pas entrer sous l'application de l'AR.

Les organisations représentant les personnes qui octroient le droit rappellent qu'elles se demandent si cette restriction au commerce de détail alimentaire va à l'encontre du principe d'égalité.

3 Chapitre 3. Analyse des dispositions proposées

Remarque préliminaire : inscription dans la liste noire ou grise :

Au cours des discussions, la question a été soulevée de savoir quelles dispositions devraient être incluses dans la liste noire ou grise, ou passer d'une liste à l'autre. À cet égard, les experts et les membres ont souligné (1) d'une part l'intérêt essentiel ou non essentiel régi par la clause (par exemple obligation principale, accès à la justice), et (2) d'autre part la marge d'appréciation laissée par la clause d'interdiction pertinente en tant que critère. Plus l'évaluation dépend des circonstances, plus il est possible de plaider son inscription sur la liste grise.

Les deux critères sont importants, mais d'un point de vue législatif, une disposition figurant sur la liste noire peut impliquer une marge d'appréciation.

3.1 Section A. Liste noire

3.1.1 Érosion de l'obligation de livraison essentielle

La première disposition proposée qui figurerait dans la liste noire est formulée comme suit :

Sont interdites les clauses qui ont pour objet de :

*« 1° exclure ou de limiter les **droits** de la personne qui reçoit le droit en cas de **non-respect ou du respect défaillant de l'obligation de livraison** pour des biens et des services dans le chef de la personne qui octroie le droit, en privant la personne qui reçoit le droit de la **possibilité de dédommagement ou du droit de pouvoir s'approvisionner chez des tiers ou en le limitant de manière indue**».*

La CCS Clauses abusives fait tout d'abord remarquer que cette disposition est liée aux articles actuels VI.91/5, 4°, et VI.91/5, 6° du CDE, mais qu'elle se concentre spécifiquement sur l'obligation de livraison ou le manquement à l'obligation de livraison.

Exemples de clauses donnés par les ministres dans les documents d'accompagnement :

Comme le montrent les tableaux présentant un aperçu des clauses problématiques, ces problèmes (au moins) apparaissent dans ce domaine :

- 1) L'obligation de respecter les délais de livraison et même l'obligation de livrer la quantité exacte sont de pures obligations de moyens.
- 2) Des définitions larges de la force majeure sont appliquées. L'absence de livraisons (dans les délais) ou les livraisons non conformes des fournisseurs sont considérées comme des cas de force majeure. Toutefois, le franchiseur pourra très probablement interpeler son fournisseur en cas d'absence de livraison (dans les délais).
- 3) Des clauses pénales ou des remises ou des primes réduites s'appliquent si le franchisé s'approvisionne auprès d'un tiers. Cela signifie *de facto* que le franchisé ne peut rien entreprendre.
- 4) Le non-respect de l'obligation de livraison peut résulter de négociations avec les fournisseurs. Le franchisé subit alors un grave préjudice. Le franchisé devrait dès lors pouvoir bénéficier de ces négociations. Les représentants de ceux qui accordent le droit précisent à cet égard que dans les négociations, le franchiseur essaie d'obtenir les meilleures conditions (prix d'achat, promotions, remises, soutien commercial...) qui permettent de vendre/fournir à des prix inférieurs aux franchisés qui, à leur tour, peuvent ensuite offrir ces produits (ou prendre une marge plus élevée) à leurs propres clients à des conditions commercialement plus intéressantes (meilleur prix). Le principe est que la "centrale" peut mener ces négociations mieux que le franchisé.

Analyse de la disposition concrète proposée

Le texte parle de « *en privant la personne qui le reçoit de la possibilité de dédommagement ou du droit de s'approvisionner chez des tiers ou en le limitant de manière indue* ».

Il ressort des discussions au sein de la CCS Clauses abusives qu'il peut y avoir de nombreuses raisons à l'absence d'approvisionnement, y compris, par exemple, un blocage des négociations avec un fournisseur de denrées alimentaires particulier, ce qui entraîne un gel temporaire de l'approvisionnement.

Par conséquent, divers facteurs peuvent déterminer dans quelle mesure (i) le manquement à l'obligation de livraison doit être considéré comme imputable et donner lieu à des dommages-intérêts et (ii) s'il est nécessaire de s'approvisionner temporairement auprès de tiers afin de ne pas causer trop de problèmes au magasin de détail.

Une solution pourrait également consister, par exemple, à n'autoriser l'approvisionnement auprès d'un fournisseur tiers qu'après une période déterminée de non-livraison, sauf si ce délai est inutile en cas de circonstances urgentes (par exemple, non-livraison de certains produits dans les jours précédant un jour férié)

Selon la CCS Clauses abusives, le rapport au Roi doit clairement indiquer les types de clauses qui ont pour conséquence d'amener la personne qui accorde le droit à porter indûment atteinte aux intérêts contractuels de la personne qui acquiert le droit.

La question se pose aussi de savoir si la référence à la prestation de services est d'une utilité pratique.

Comme il s'agit d'un cas de non-respect ou de manquement à l'obligation principale de la personne qui octroie le droit, la CCS Clauses abusives accepte de reprendre cette disposition dans la liste noire, avec la nuance - compte tenu des nombreuses situations différentes - que cela ne s'applique qu'en cas de refus ou de limitation injustifiée de l'obligation de livraison.

Compte tenu de la marge d'appréciation, les organisations représentant ceux qui accordent ce droit plaident pour que cette disposition soit inscrite sur la liste grise.

Nouvelle proposition de formulation :

Enfin, au lieu de la formulation complexe actuelle, la CCS Clauses abusives propose la formulation suivante :

"1° priver la personne qui reçoit le droit de la possibilité de dédommagement ou exclure ou limiter de manière indue le droit de pouvoir s'approvisionner chez des tiers en cas de non-respect ou de manquement à l'obligation de livraison pour des biens et des services dans le chef de la personne qui octroie le droit."

3.1.2 Le droit de se préparer à, ou de commencer des négociations [pendant la période de préavis]

La deuxième disposition proposée qui figurerait dans la liste noire est libellée comme suit :

*« 2° **d'interdire** à la personne qui reçoit le droit **de se préparer à, ou de commencer des négociations** en vue de développer une activité pendant le délai de préavis ou **au cours du délai couvert par la clause de non-concurrence**, que la personne qui reçoit le droit a elle-même donné ou a reçu de la personne qui octroie le droit, sous réserve du respect du secret d'affaires lié à l'accord ; »*

Analyse par la CCS Clauses abusives

Tout d'abord, la CCS Clauses abusives constate que le rédacteur du projet d'AR a simplifié le texte original et a supprimé la partie de phrase inutile "au cours du délai couvert par la clause de non-concurrence, que la personne qui reçoit le droit a elle-même donné ou a reçu de la personne qui octroie le droit".

La CCS Clauses abusives signale ensuite que la version néerlandaise n'est pas clairement formulée : il s'agit uniquement de préparer ou d'engager des négociations pendant la période de préavis/période de non-concurrence et donc pas de développer une activité pendant cette période.

La CCS Clauses abusives note également que le rapport au Roi devrait préciser que les "nouvelles" activités peuvent inclure de nouvelles activités "identiques ou similaires".

Enfin, la CCS Causes abusives souligne que cette clause d'interdiction est distincte de la validité des clauses de non-concurrence, qui peuvent être testées au regard des critères découlant du droit européen et du droit commun des contrats.

Nouvelle proposition de formulation :

La CCS Causes abusives propose la formulation suivante :

« 2° interdire à la personne qui reçoit le droit de se préparer à, ou de commencer des négociations en vue de développer une nouvelle activité pendant le délai de préavis, sous réserve du respect du secret d'affaires lié à l'accord ; »

3.1.3 La répercussion du coût d'actions promotionnelles

La troisième disposition proposée de la liste noire est libellée comme suit :

« 3° faire supporter par la personne qui reçoit le droit une part disproportionnée des coûts induits par des actions promotionnelles qui sont imposées par la personne qui octroie le droit ; »

Analyse par la CCS Causes abusives

La CCS Causes abusives fait tout d'abord remarquer que cette disposition constitue avant tout une pratique, un comportement dans le cadre d'une action promotionnelle concrète. Mais il existe également des clauses stipulant contractuellement que la personne qui reçoit le droit doit supporter le coût du "plan de promotion".

Ensuite, on peut s'inspirer de la disposition concernée de la loi UTP (la législation sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire)¹, à savoir la liste grise de l'article VI.109/6 du CDE, et plus particulièrement l'article VI.109/6, 3°, du CDE. Il convient cependant de noter que ces pratiques de marché présumées déloyales s'appliquent dans les relations entre un fournisseur de produits agricoles et alimentaires et son client, alors qu'il s'agit ici d'une relation entre une entreprise (supermarché) et un commerce de détail alimentaire.

À cet égard, l'article VI.109/6, 3° CDE stipule qu'à un certain nombre de conditions strictes, une telle "pratique" peut être autorisée, aux conditions suivantes :

- (i) Si l'acheteur, avant une action de promotion dont il est à l'initiative, précise sa durée et la quantité de produits agricoles et alimentaires qu'il prévoit de commander à prix réduit.
- (ii) L'acheteur fournit préalablement à chaque action promotionnelle une estimation écrite du montant à payer par le fournisseur et/ou des éléments sur lesquels cette estimation est basée.
- (iii) Cela ait été convenu clairement et sans ambiguïté dans le contrat.

¹ Loi du 28 novembre 2021 transposant la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, MB du 15 décembre 2021.

- (iv) Le fournisseur donne son accord exprès sur ces coûts. Si ce n'est pas le cas, il ne doit pas les supporter.

La CCS Clauses abusives trouve ensuite que le critère "une part disproportionnée" des coûts est trop vague. Idéalement, cela pourrait être un peu plus concret, par exemple "plus de la moitié du coût". C'est nécessaire car il s'agit d'une clause noire qui doit être facile à tester.

Comme alternative, les représentants des organisations qui accordent le droit proposent l'inscription sur la liste grise.

Enfin, les organisations qui représentent ceux qui accordent le droit estiment que la référence dans la motivation générale à la marge qui serait affectée par les campagnes promotionnelles est incorrecte. Faire référence à une marge en général ne peut pas être l'intention, car la marge d'une entreprise dépend de nombreux facteurs (bonne gestion de l'entreprise, facteurs externes tels que travaux routiers, etc.). Le lien vers « marge » dans la motivation doit être supprimé.

Toutefois, les organisations représentant ceux qui obtiennent le droit aux accords de coopération commerciale souhaitent souligner que les promotions obligatoires, des prix maximaux et une fourchette obligatoire (et souvent la combinaison des trois), ont un impact très important sur la marge (et peuvent potentiellement conduire à une perte structurelle). Selon les situations, ces éléments (combinés ou non les uns avec les autres) peuvent constituer une clause abusive, une pratique commerciale déloyale ou un abus de position de dépendance économique.

3.1.4 L'imposition d'une clause d'arbitrage ou d'une clause de for au bénéfice d'un tribunal étranger si les deux parties sont établies en Belgique

La quatrième clause proposée de la liste noire est libellée comme suit :

« 4° obliger la personne qui reçoit le droit de soumettre son litige exclusivement à une instance d'arbitrage déterminée, ainsi que de déclarer comme juge exclusivement compétent pour connaître du litige, le juge dont le siège est celui de la personne qui octroie le droit. »

L'avant-projet d'AR transmis aux organes consultatifs le 21 décembre scinde cette clause en deux. Les dispositions suivantes sont soumises à la CCS Clauses abusives :

«[Sont abusives les clauses qui ont pour but de:]

4° obliger la personne qui reçoit le droit de soumettre son litige exclusivement à une instance d'arbitrage déterminée ;

5° déclarer comme juge exclusivement compétent pour connaître du litige, le juge dont le siège est celui de la personne qui octroie le droit ;

Dans la discussion qui suit, est d'abord discutée la clause d'arbitrage et ensuite la clause relative au juge compétent (clause d'élection de for).

a. Clauses d'arbitrage

1. Discussion par la CCS Clauses abusives

La CCS Clauses abusives note tout d'abord qu'il est déroutant de parler d'une instance d'arbitrage "déterminée". Cela donne l'impression qu'une clause d'arbitrage ne désignant pas d'instance d'arbitrage spécifique est autorisée.

Comme l'a déjà souligné la CCS Clauses abusives² et comme il ressort également des principes sur l'arbitrage³ et la résolution extrajudiciaire des litiges⁴, un élément essentiel de l'arbitrage est son caractère volontaire. Les deux parties doivent accepter l'arbitrage, en principe au moment où le litige survient. Toutefois, le droit commun accepte que l'on reprenne une clause d'arbitrage dans les conditions générales d'un contrat.

2. Avis de la CCS Clauses abusives

La CCS Clauses abusives estime toutefois que l'interdiction proposée de reprendre par principe des clauses d'arbitrage dans la liste noire va trop loin. Le règlement des litiges par voie d'arbitrage peut être utile et doit être encouragé par les parties.

S'il faut s'attaquer aux clauses d'arbitrage déséquilibrées, une telle analyse doit être effectuée en tenant compte de toutes les circonstances, c'est-à-dire en utilisant la norme générale, et elles ne doivent pas être condamnées en tant que clauses noires en soi.

Les membres représentant les franchisés peuvent donc marquer leur accord avec une disposition qui considère les clauses d'arbitrage comme abusives dans deux cas spécifiques, à savoir si les frais de l'instance d'arbitrage désignée contractuellement sont déraisonnablement élevés, par exemple, supérieurs au montant maximum des frais de justice cf. article 1022 C. jud., ou si la clause d'arbitrage aboutit à la désignation d'un arbitre dans une langue autre que celle de l'accord de partenariat commercial. Dans ces deux cas spécifiques, on peut partir du principe que cela rend difficile pour le franchisé de défendre ses droits en cas de litige.

Dans les explications, il est ensuite stipulé qu'il pourrait être utile d'interdire de reprendre une clause d'arbitrage, non seulement dans un litige entièrement belge mais « aussi dans un litige international sous réserve d'un examen plus approfondi des règles de droit international ».

² Voir CCS Clauses abusives avis nr. 49, 17 novembre 2022, Avis sur certaines clauses dans la chaîne agricole et alimentaire à la suite de la crise en Ukraine, p. 18.

³ Voir articles 1676 à 1723 Code judiciaire

⁴ Voir, par exemple, le "principe de liberté" dans la directive ADR pour les litiges de consommation : «1. Les États membres veillent à ce qu'un accord entre un consommateur et un professionnel prévoyant la soumission des plaintes à une entité de REL ne soit pas contraignant pour le consommateur si cet accord a été conclu avant la survenance du litige et s'il a comme effet de priver le consommateur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement du litige. » Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *Journ. Officiel UE L 165, 18.6.2013, p. 63-79*.

La disposition proposée s'applique également aux litiges internationaux. Elle s'applique en outre sous réserve de leur conformité avec les principes du droit international privé. A cet égard, on ne sait pas clairement si un examen des règles de droit international a effectivement eu lieu.

b. Clause attributive de juridiction : pas de juridiction exclusive pour le siège du franchiseur

La 5^{ème} clause proposée de la liste noire interdit donc les clauses qui ont pour objet de "déclarer comme juge exclusivement compétent pour connaître du litige, le juge dont le siège est celui de la personne qui octroie le droit".

- *La clause proposée interdit uniquement la compétence exclusive du juge du siège de la personne qui octroie le droit.*

Il convient tout d'abord de noter qu'il s'agit d'une interdiction plus limitée que ce qui est suggéré à la fin des explications sur ces clauses attributives de juridiction. Selon l'explication, il est illégal que la partie faible soit empêchée d'agir devant les tribunaux de son siège social. Selon l'explication, il est donc important que le franchisé puisse s'adresser au tribunal de son siège social. Toutefois, cet objectif n'est pas atteint en interdisant la compétence exclusive du tribunal du siège de la personne qui accorde le droit.

Si le législateur voulait atteindre cet objectif, il pourrait stipuler ce qui suit :
"déclarer un tribunal compétent autre que le tribunal du siège du franchisé".

Cependant, la CCS Clauses abusives estime que reprendre une obligation sous la forme d'une interdiction n'est pas idéal.

Les représentants des personnes qui octroient le droit soulignent en outre qu'il existe des tribunaux spécialisés pour statuer sur les litiges en matière de franchise. S'il s'agit justement du tribunal du siège du franchiseur, le litige doit être porté devant un autre tribunal, avec le risque que la décision soit prise sans connaissance du dossier. Un tribunal spécialisé est donc justement en faveur du franchiseur comme du franchisé. Par exemple, chaque juge a-t-il une connaissance suffisante des formules de valorisation des fonds commerciaux ou des actions d'une société ?

- *Absence de réciprocité dans les clauses attributives de juridiction : jurisprudence basée sur la norme générale*

En outre, les explications font référence à des clauses permettant à la partie forte de choisir elle-même son tribunal quand elle doit agir en justice, mais ne donnant pas ce droit à la partie faible.

La CCS Clauses abusives souligne que de telles clauses, où une partie s'octroie un droit de choix alors que l'autre partie ne dispose pas d'une possibilité de choix similaire, ont déjà été explicitement condamnées dans la jurisprudence des clauses abusives à l'égard des consommateurs. Elle renvoie à cet égard à un arrêt de la Cour d'Appel de Liège du 12 janvier

2007⁵. Parce que la banque se réservait un droit de choisir entre trois options, alors que le consommateur ne disposait pas d'une possibilité de choix similaire et qu'il souhaitait s'adresser aux tribunaux, la Cour d'Appel a jugé qu'il y avait une asymétrie manifeste et donc un déséquilibre. Par exemple, cette absence de réciprocité est également un élément important dans la jurisprudence française "b2b" lorsqu'il s'agit d'évaluer les clauses qui accordent certains droits aux parties⁶.

- *Pas de solution à des problèmes linguistiques éventuels*

Enfin, les explications font référence à la difficulté potentielle au niveau de l'emploi des langues si le tribunal du siège du franchiseur a une compétence exclusive.

Le problème de l'emploi des langues n'est cependant pas résolu avec la disposition proposée.

Exemple : le franchiseur a son siège à Liège :

- Il peut peut-être alors encore déclarer compétent le tribunal d'entreprise de Liège, la division d'Arlon ou la division de Huy? Qu'est-ce que "le tribunal du siège social du franchiseur" ?
- En tout cas, le franchiseur concerné pourra déclarer, par exemple, le tribunal d'entreprise francophone de Bruxelles comme étant exclusivement compétent.

3.2 B. Liste grise

Clauses d'option ou de préemption avec des clauses de valorisation déséquilibrées

Sont présumées abusives, en vertu du premier ajout proposé de la liste grise, les clauses qui ont pour objet de :

« 1° effectuer une valorisation forfaitaire du fonds de commerce ou des parts de l'entreprise de la personne recevant le droit, fixant un prix qui ne correspond pas raisonnablement à une valorisation normale d'un fonds de commerce ou de parts d'une entreprise, sur la base de critères de valorisation normalement utilisés. »

⁵ "Les tribunaux dans le ressort duquel le siège de la banque est établi sont, sauf dispositions légales contraires, seuls compétents pour toute contestation entre la Banque et un client. La Banque a cependant le droit de citer le client devant un autre tribunal compétent en vertu du droit commun. » L. VAN DEN STEEN note également que, de manière générale, la Cour d'Appel de Liège a raisonné principalement sur la base d'une "symétrie abstraite". L. VAN DEN STEEN, "Onrechtmatige bedingen in het Algemeen Reglement van een bank", dans *D.C.C.R.*, 2008, n°78, p. 108-109, et p. 119.

⁶ TERRY, E., "Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen", 95-147, dans W. DEVROE, B. KEIRSBILCK, E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in b2B-relaties, Consumer Competition Market Series*, intersentia-Lefebvre Sarrut Belgium NV, 2020, p. 113.

Dans le texte de l'avant-projet d'AR, cette formulation a été légèrement modifiée comme suit :

1° effectuer une valorisation forfaitaire du fonds de commerce ou des actions de l'entreprise de la personne qui reçoit le droit, fixant un prix qui ne correspond pas raisonnablement à une valorisation normale d'un fonds de commerce ou d'actions d'une entreprise ; »

Discussion par la CCS Clauses abusives

- *La disposition ne couvre pas les hypothèses données dans les explications*

La CCS Clauses abusives fait tout d'abord remarquer que les explications mentionnent davantage de situations que celles qui seraient couvertes par l'interdiction. En effet, les situations suivantes ne sont pas couvertes par cette clause :

- 1) Clause permettant à la personne qui octroie le droit de réduire le prix parce que "cela" (le prix stipulé) serait préjudiciable à l'ensemble du réseau ;
- 2) Droits d'option et de préemption avec des délais de réponse inutilement longs.

- *« Liste grise ? » - limitation aux valorisations manifestement déséquilibrées ?*

Au sein de la CCS Clauses abusives, la question a été posée de savoir s'il est bien utile de placer cette disposition sur la liste grise. Il n'est pas certain que l'objectif soit atteint de cette manière.

Les organisations représentant les personnes qui octroient le droit ne sont pas d'accord et estiment en outre que seules les clauses de valorisation *manifestement déséquilibrées* doivent être considérées comme abusives.

Bien que les clauses qui seraient reprises sur la liste noire soient abusives dans tous les cas et qu'il soit préférable de ne pas leur accorder une marge d'appréciation trop importante, la CCS Clauses abusives est d'avis que rien n'interdit d'un point de vue légistique aux clauses figurant sur la liste noire de disposer également d'une marge d'appréciation.

Proposition de nouvelle formulation

La CCS Clauses abusives propose la formulation alternative suivante :

"valoriser un fonds de commerce ou des actions d'une entreprise de manière forfaitaire sur la base d'une formule de valorisation [manifestement déraisonnable / non courante]".

Les représentants de ceux qui obtiennent ce droit ne sont pas d'accord avec cela. Malheureusement, ce qui est courant dans le secteur n'est pas toujours raisonnable. Le Rapport au Roi précise qu'elle doit être conforme au marché, ce qui est autre chose que « manifestement déraisonnable ».

L'obligation de continuer une exploitation déficitaire

La deuxième disposition proposée de la liste noire est libellée comme suit :

« 2° obliger la personne qui reçoit le droit à exploiter une entreprise structurellement déficitaire depuis au moins 12 mois, sans prévoir un délai de préavis maximal de 4 mois pour la personne qui reçoit le droit, sans indemnisation supplémentaire ; »

Discussion par la CCS Clauses abusives :

- *"structurellement déficitaire »*

La CCS Clauses abusives signale tout d'abord que la notion de "structurellement déficitaire" est une notion très élastique et imprécise. Les représentants des personnes qui reçoivent le droit proposent dès lors une définition plus précise de cette notion, par exemple "la perte de la moitié de l'actif net sans aucune chance de redressement économique de l'entreprise".

- *Suggestion des personnes qui reçoivent le droit de reprendre cette notion dans la liste noire :*

La CCS Clauses abusives estime que l'objectif de cette interdiction sera mieux atteint si elle est reprise sur la liste noire.

Les représentants des personnes qui octroient le droit ne sont pas d'accord. Ils trouvent que cette disposition doit rester dans la liste grise.

Ils soulignent également qu'une entreprise peut être structurellement déficitaire pour des raisons très différentes. Il peut y avoir eu des travaux routiers, des facteurs externes tels que la Covid, cela peut être dû au mode de gestion de la personne qui reçoit le droit. Dans tous ces cas, on peut se prévaloir de la législation sur l'insolvabilité.

Des clauses résolutoires expresses

La troisième disposition proposée de la liste noire est libellée comme suit :

« 3° permettre à la personne qui octroie le droit de terminer l'accord de partenariat commercial en application d'une clause résolutoire expresse. »

Cette disposition, comme l'a également fait remarquer la CCS Clauses abusives, a été modifiée comme suit : *« 3° permettre à la personne qui octroie le droit de terminer l'accord de partenariat commercial en application d'une clause résolutoire expresse. »*

Discussion par la CCS Clauses abusives :

- *Avis précédents : lutter contre les clauses résolutoires expresses abusives par le biais de la norme générale*

Cette clause vise à interdire les clauses résolutoires expresses dans l'accord de partenariat commercial afin d'éviter une résolution immédiate ou dans un délai très court. Seul le juge devrait pouvoir considérer qu'il existe une faute grave justifiant la résiliation de l'accord de partenariat commercial.

Il ressort des discussions menées au sein de la CCS Clauses abusives concernant ces dispositions qu'il est nécessaire d'agir contre les clauses résolutoires expresses qui ne respectent pas les principes minimaux, tels que repris, par exemple, dans l'avis sur certaines

clauses contractuelles relatives à la fourniture d'énergie dans les contrats avec les entreprises⁷ :

- les manquements contractuels pouvant donner lieu à une résolution (extrajudiciaire) doivent être clairement énumérés, afin que la partie adverse en soit informée ;
- ensuite, il doit s'agir de manquements suffisamment graves justifiant la résolution (par exemple des manquements graves concernant la sécurité alimentaire, le travail au noir, etc., par la personne qui reçoit le droit).
- la partie adverse doit, si cela est possible compte tenu du manquement contractuel, être mise en demeure de se mettre en règle ou de fournir des garanties suffisantes pour la bonne exécution de ses obligations. Un court délai ne peut être envisagé que si aucune autre solution n'est possible compte tenu de la faute concernée.

Les clauses résolutoires expresses qui ne répondent pas à ces exigences minimales peuvent être jugées contraires à la norme générale de l'article VI.91/3 du CDE.

À cet égard, la CCS Clauses abusives fait remarquer que les clauses résolutoires expresses sont acceptées par principe par la Cour de cassation, sauf dans des cas exceptionnels (par exemple, le loyer). Par conséquent, en reprenant explicitement les clauses résolutoires expresses dans la liste noire/grise sans plus, il est porté préjudice à l'acceptation de principe de ces clauses.

- *Liste grise ?*

Compte tenu de l'explication du législateur, il semble que celui-ci veuille éviter à tout prix de telles situations. La question se pose alors de savoir s'il est utile de mettre cette disposition sur la liste grise et si la reprendre sur la liste noire ne répondrait pas aux objectifs du législateur.

Les organisations représentant les personnes qui octroient le droit ne sont pas d'accord avec cette suggestion.

⁷ CCS CA 56, 24 novembre 2023, Avis sur certaines clauses contractuelles dans des contrats de fournitures d'énergie avec les entreprises, p. 17 recommandation 3.2. p. 29.