

droit communautaire

La franchise à l'heure européenne

Commentaires du règlement d'exemption des contrats de franchise entré en application le 1^{er} février 1989

Bref historique du mariage de la franchise et du droit communautaire

1984 : La crise

Une franchisee allemande du réseau Pronuptia, de fort mauvaise foi, trouve une solution habile (grâce à son avocat !) pour échapper aux paiements de ses royalties dues en vertu du contrat de franchise.

Condamnée en première instance à un paiement de 158.502 DM au titre d'arriérés de redevances sur son chiffre d'affaires des années 1978 à 1980, la franchisee interjette appel.

Elle souhaite obtenir la nullité du contrat sur la base de sa non-conformité aux règles de concurrence édictées par l'article 85 du Traité de Rome.

En particulier, l'exclusivité territoriale accordée aux franchisees, est mise en accusation, en tant que facteur de cloisonnement du marché communautaire.

Le franchiseur saisit alors la Cour suprême allemande qui, à son tour, décide de saisir la Cour de justice de Luxembourg, de façon à obtenir son interprétation quant à la conformité de la franchise avec les règles de concurrence communautaire.

La crise éclate.

La commission abat ses cartes ; c'est la guerre ouverte contre la franchise. Elle refuse catégoriquement d'admettre le principe de la standardisation (interdiction des clauses obligeant le franchisee à ne vendre les marchandises que dans un local aménagé et décoré selon les instructions du franchiseur).

Le monde de la franchise est en émoi !

Le risque était grand, puisque la franchise pouvait « être assassinée » dans l'hypothèse où la Cour de justice décidait de suivre les conclusions de la commission.

La cour d'appel allemande fait droit à l'argumentation de la franchisee.

2. 1985 : Le lobbying

Je pris l'initiative dans le cadre du congrès de l'Union internationale des Avocats, le 2 septembre 1985, qui s'est tenu à La Haye, d'organiser une journée spéciale pour sensibiliser les partenaires de la franchise en présence des fonctionnaires de la

2. Le règlement d'exemption des accords de franchise

C'est après avoir analysé cinq contrats de franchise préalablement notifiés par des franchisees inquiets, à juste titre après le rendu de l'arrêt Pronuptia qui bien que reconnaissant la validité de principe de la franchise, laissait toujours planer une insécurité juridique insupportable sur les contrats qui eux n'avaient fait l'objet d'aucun examen communautaire, que la Commission européenne forte de son expérience a pu mettre en œuvre le règlement d'exemption (C.E.E.) n° 4087/88, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise.

commission, aux difficultés liées à l'affaire Pronuptia.

Il fallait tenter de faire comprendre et admettre par la commission, l'utilité, voir la nécessité de la technique de la franchise, pour l'économie de l'Europe Communautaire.

Mon action a été suivie par un consensus, puisque la Fédération française de la Franchise (F.F.F.), en collaboration avec le ministère du Commerce et de l'Artisanat, ont contribué à faire pression efficacement sur les instances communautaires.

Ces actions se sont largement internationalisées.

3. 1986 : Le mariage ou l'arrêt Pronuptia !

Nos efforts conjugués ont été couronnés de succès, puisque l'arrêt Pronuptia rendu le 28 janvier 1986 par la Cour de justice, a rendu le monde de la franchise heureux et serein quant à son devenir européen.

4. 1988 : Le mariage consommé !

Ou l'adoption du règlement d'exemption par catégorie (Règlement C.E.E. n° 4087/88 de la commission du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise.

— Analyse du règlement

D'une façon inattendue, la commission ne s'est pas cantonnée à l'examen *stricto sensu* des dispositions des contrats de franchise pouvant avoir ou ayant des conséquences sur la concurrence.

La commission a souhaité appréhender globalement la problématique franchise.

A. La définition de la franchise donnée par la Commission européenne

Avant d'indiquer quelles sont les clauses admises ou refusées en fonc-

on de leur influence sur l'économie de marché, et des règles de la concurrence communautaire, la commission a estimé fort justement qu'il convenait de définir de façon précise ce qu'elle considère être de la franchise et à quel type de franchise elle entend faire application de l'exemption catégorielle au titre de l'article 85, paragraphe 3 du Traité de Rome.

1. Le champ d'application du règlement d'exemption

— Domaine d'activité

Sous le considérant n° 4 du préambule de son règlement, la commission a indiqué que seuls les accords de franchise aux termes desquels une des parties fournit des produits ou des services à des utilisateurs finals étaient concernés par l'exemption.

En revanche, ne sont pas couverts par le règlement, les accords de franchise industrielle et les accords de franchise de gros.

— Les entreprises

Le règlement couvre les accords de franchise entre deux entreprises, le franchiseur et le franchisé, relatifs à la vente au détail de produits ou à la prestation de services aux utilisateurs finales.

Le règlement couvre en outre les cas où la relation entre franchiseur et franchisé est réalisée par l'intermédiaire d'un tiers, le franchisé principal (Master-franchisé).

2. Définition

La commission a défini avec soin et précision, sous l'article 1, point 3 du règlement ce qu'elle considère être de la franchise.

Seuls les accords conformes à cette définition peuvent bénéficier de l'exemption catégorielle.

— Rappel de l'article 1.3 (a à i)

Pour l'application du présent règlement on entend par :

a) « Franchise » :

Un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteurs, savoir-faire ou brevets, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals.

b) « Accord de franchise » :

Un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de servi-

ces déterminés ; il doit comprendre au moins les obligations suivantes :

— L'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat.

— La communication par le franchiseur ou franchisé de savoir-faire,

Et :

— La fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord.

c) « Accords de franchise principale » :

Un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé principal, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise en vue de conclure des accords de franchise avec des tiers, les franchisés.

d) « Produits du franchiseur » :

Des produits fabriqués par le franchiseur ou selon ses instructions et/ou portant le nom ou la marque du franchiseur.

e) « Locaux visés au contrat » :

Les locaux utilisés pour l'exploitation de la franchise ou, lorsque la franchise est exploitée hors de ces locaux, la base à partir de laquelle le franchisé met en œuvre les moyens de transport utilisés pour l'exploitation de la franchise (« moyens de transport visés au contrat »).

f) « Savoir-faire » :

Un ensemble d'informations pratiques non brevetés, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié.

g) « Secret » :

Le fait que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible ; cette notion ne doit pas être comprise au sens étroit, à savoir que chaque composant individuel du savoir-faire doive être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur.

h) « Substantiel » :

Le fait que le savoir-faire doive inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals, et notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les

relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière ; le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché.

i) « Identifié » :

Le fait que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ; la description du savoir-faire peut être faite dans l'accord de franchise, dans un document séparé ou sous toute autre forme appropriée.

Les quatre derniers points de la définition de la commission concernant le savoir-faire doivent retenir particulièrement l'attention. En effet, ils démontrent l'intérêt qu'elle porte à la notion de savoir-faire, autour de laquelle doit s'articuler la franchise.

— Sans savoir-faire : pas de franchise. Si les caractéristiques de secret et d'identification ne pose pas de problème en eux-mêmes, il en va différemment de la substantialité. Il faut en tout état de cause retenir cette partie de la définition qui dispose que le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle.

Il apparaît que les tribunaux français sont également sensibilisés par les difficultés engendrées par la notion de savoir-faire.

Ainsi, une décision du Tribunal de commerce de Lyon du 10 octobre 1988 (1) considère le savoir-faire comme essentiel à l'opération de franchise, car c'est lui qui va permettre de la distinguer d'un simple accord de distribution.

En l'espèce, le tribunal a conclu que le savoir-faire, condition essentielle de la franchise, ne saurait s'apprécier relativement à l'incompétence du franchisé, mais en fonction de son caractère inédit, singulier, hors du commun qui n'est pas caractérisé en l'espèce.

Il est intéressant de noter d'ores et déjà la contradiction entre la Commission européenne et le Tribunal de commerce de Lyon dans l'appréciation de la notion de savoir-faire.

Pour la Commission européenne, le savoir-faire s'apprécie *in concreto*

(1) Jugement du Tribunal de commerce de Lyon en date du 10 octobre 1988, Petites Affiches n° 144 du 30 novembre 1988.

puisque'elle considère notamment qu'il doit être utile pour le franchisé en étant susceptible à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché (cf. *Supra*).

Pour le tribunal de commerce de Lyon, le savoir-faire s'apprécie *in abstracto* puisqu'il ne saurait s'apprécier relativement à l'incompétence du franchisé.

Il ne faut pas douter que c'est l'interprétation de la commission qui aura force de loi, le droit communautaire primant toute appréciation nationale.

En toute hypothèse, l'importance de la notion de savoir-faire est incon-

tournable, elle est l'élément de base de la franchise.

B. Analyse par la Commission européenne de la comptabilité des clauses du contrat de franchise avec les règles de la concurrence communautaire

Après avoir défini avec précision la notion de franchise, la commission, sous les articles 2, 3, 4 et 5 du règlement d'exemption a procédé à une analyse très complète des clauses exemptées, de celles devant figurer au contrat pour que ce dernier soit exempté et enfin, des clauses rendant l'exemption impossible.

Nous nous cantonnerons à l'analyse de ces dispositions.

Commentaire de l'article 2

L'article 2 du règlement d'exemption définit quelles sont les obligations restrictives de concurrence qui peuvent être comprises dans les accords de franchise.

Ces obligations sont nécessaires pour le développement harmonieux du réseau de franchise, elles sont donc autorisées.

Article 2-a) et c)

L'exemption prévue à l'article 1 s'applique à :

a) L'obligation pour le franchiseur de ne pas, dans une partie définie du marché commun (le territoire visé au contrat) :

— donner le droit d'exploiter tout ou partie de la franchise à des tiers,

— exploiter lui-même la franchise ou commercialiser lui-même les produits ou services qui font l'objet de la franchise en appliquant une formule similaire,

— fournir lui-même les produits du franchiseur à des tiers.

c) « L'obligation pour le franchisé de n'exploiter la franchise qu'à partir des locaux visés au contrat. »

Dans le préambule du règlement d'exemption (10^e attendu), la Commission européenne a estimé que la protection territoriale limitée accordée aux franchisés est indispensable pour protéger leur investissement.

Dès 1986, la Cour de justice de Luxembourg par son arrêt *Pronuptia* (2) notait l'importance de la clause

d'exclusivité territoriale associées à celle obligeant le franchisé à n'exploiter la franchise qu'à partir des locaux visés au contrat, et relevait que « les contrats de franchise de distribution » qui contiennent des clauses réalisant un partage du marché entre franchiseur et franchisé, ou entre franchisés, sont susceptibles d'affecter le commerce entre états membres.

La Cour de justice avait toutefois précisé :

« Il est certes possible qu'un candidat franchisé ne prendrait pas le risque de s'intégrer à la chaîne en procédant à un investissement propre, en payant un droit d'entrée relativement élevé et en s'engageant à acquitter une redevance annuelle importante, s'il ne pouvait, grâce à une certaine protection contre la concurrence du franchiseur et d'autres franchisés, espérer que son commerce puisse être rentable, s'il ne pouvait, grâce à une certaine protection contre la concurrence du franchiseur et d'autres franchisés, espérer que son commerce puisse être rentable. »

Cette considération ne peut toutefois jouer que dans le cadre de l'examen éventuel de l'accord au regard des conditions de l'article 85 paragraphe 3.

L'accord de franchise *Pronuptia* a été ultérieurement soumis au contrôle de la Commission européenne qui, dans sa décision d'exemption individuelle du 17 décembre 1986 (3) a estimé que

(2) *Décision de la Commission Pronuptia* du 17 décembre 1986, J.O. L/3 du 15 janvier 1987, page 39.

« l'exclusivité territoriale permettait au franchisé de concentrer ses efforts de vente en menant une politique plus active à l'égard des consommateurs potentiels, sans pour autant empêcher que ces derniers puissent acheter les produits en cause en dehors dudit territoire et que les franchisés puissent acheter et vendre librement entre eux ces produits.

De même, la Commission européenne a estimé sous le considérant n° 33 de la décision d'exemption individuelle *Computerland* (4) que : « les restrictions de concurrence que comporte le système *Computerland* sont indispensables pour assurer l'existence du réseau. En effet, les franchisés potentiels ne seraient pas disposés à faire les investissements nécessaires pour ouvrir un nouveau point de vente s'ils n'avaient pas l'assurance qu'aucun autre magasin *Computerland* ne sera créé dans leur voisinage immédiat... ».

Dans la décision *Charles Jourdan* (5), la commission a également estimé que :

« Les clauses restrictives qui assurent une certaine exclusivité territoriale peuvent être considérées en l'espèce comme indispensables, car on peut penser que peu de candidats franchisés auraient vraisemblablement été prêts à effectuer les investissements nécessaires, à payer une redevance forfaitaire initiale ou un dépôt de garantie, et à payer des redevances proportionnelles à leurs chiffres d'affaires pour s'intégrer à un tel système de distribution, sans bénéficier d'une certaine protection territoriale, contre la concurrence des autres franchisés et du groupe *Charles Jourdan* lui-même. »

L'obligation de ne vendre qu'à partir du local désigné dans le contrat est pour sa part, inhérente à celle de l'exclusivité territoriale puisque sans la première obligation, le respect de la seconde serait quasi impossible.

Article 2-b)

L'exemption prévue à l'article 1 s'applique « à l'obligation pour le franchisé principal de ne pas conclure de contrats de franchise avec des tiers hors du territoire visé au contrat ».

Il convient de se reporter à l'article 1^{er} du règlement sous son paragraphe 2 qui dispose :

(4) *Décision de la Commission Computerland* du 13 juillet 1987 JOCE L. 222 du 10 août 1987, page 12.

(5) *Décision de la Commission Charles Jourdan* du 2 décembre 1988, JOCE L. 35 du 7 février 1989, page 31.

(2) C.J.C.E. : Droit du 28 janvier 84.

« L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique également aux accords de franchise principale auxquels ne participent que deux entreprises. Le cas échéant, les dispositions du présent règlement concernant les relations entre franchiseur et franchisés s'appliquent *mutatis mutandis* aux relations entre franchiseur et franchisé principal ou entre franchisé principal et franchisés. »

La clause d'exclusivité territoriale est donc également admise dans le cadre du « Master franchising » ou franchise principale.

Article 2-d)

« L'obligation pour le franchisé de s'abstenir de rechercher des clients hors du territoire visé au contrat pour les produits ou services qui font l'objet de la franchise » est également une restriction de concurrence qui bénéficie de l'exemption prévue sous l'article 1^{er} du règlement.

Cette obligation est le complément naturel des deux précédentes que sont l'exclusivité territoriale et l'exploitation de la franchise à partir des locaux visés au contrat.

Le franchisé doit développer le marché sur le territoire qui lui a été concédé et au mieux de ses possibilités, en y faisant par exemple de la publicité locale. Par contre, il doit s'abstenir d'avoir une politique commerciale active sur le territoire concédé aux autres franchisés, car si cela était admis, la concession d'un territoire exclusif serait vaine.

Le franchisé demeure toutefois libre d'exercer une concurrence dite passive à l'encontre des autres franchisés (voir commentaire cf. *infra*, clause de non-concurrence).

Article 2-e)

« L'obligation pour le franchisé de ne pas fabriquer, vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services des produits concurrents des produits du franchiseur qui font l'objet de la franchise, lorsque l'objet de la franchise est de vendre ou d'utiliser dans le cadre de la prestation de services à la fois certains produits et des pièces de rechange ou accessoires de ceux-ci, cette obligation ne peut pas être imposée en ce qui concerne ces pièces de rechange ou accessoires. »

Le premier alinéa de l'article 2-e) s'inscrit dans la droite ligne de l'ensemble des clauses dites de non-concurrence (voir commentaire art. 3.1). Il est clair qu'un franchisé qui commercialiserait ou fabriquerait des produits concurrents de ceux du franchiseur porterait préju-

dice à l'ensemble du réseau de franchise en introduisant dans le concept du franchiseur, des éléments qui briseraient l'image uniforme, le caractère original, qui sont l'essence même de la franchise. Cette clause permet d'établir un réseau cohérent qui s'identifie avec les produits franchisés.

Commentaire de l'article 3

Introduction

L'article 3 définit quelles sont les obligations imposées au franchisé qui ne font pas obstacle à l'application de l'article 1, c'est-à-dire de l'exemption.

L'article 3 est également appelé liste blanche.

Il est composé de 17 clauses, mais il ne s'agit pas d'une liste exhaustive.

Le franchisé peut choisir parmi ces clauses, celles qu'il souhaite incorporer à son contrat.

L'article 3 est composé de deux groupes de clauses.

Premier groupe

Les obligations imposées au franchisé qui ne font pas obstacle à l'application de l'article 1 (c'est-à-dire de l'exemption). *Dans la mesure où elles sont nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur, ou maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé* (7 clauses).

Deuxième groupe

Les obligations imposées au franchisé qui ne font pas obstacle à l'application de l'article 1^{er} (10 clauses).

Premier groupe de clauses

Article 3.1

Analyse des clauses admises pour préserver l'identité et la réputation du réseau et/ou pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur

« Les obligations imposées au franchisé qui ne font pas obstacle à l'application de l'article 1^{er} dans la mesure où elles sont nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur, ou maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé. »

On peut se reporter au considérant n° 2 du règlement, lequel donne une définition des accords de franchise :

« Ils consistent essentiellement en

Au terme du second alinéa, la Commission européenne a cependant estimé que ces dispositions devaient être admises exclusivement pour les produits qui forment l'objet essentiel de la franchise ; elles ne peuvent pas s'appliquer en particulier aux accessoires ou aux pièces de rechanges de ces produits.

des licences de droits de propriété industrielle ou intellectuelle, concernant des marques, des signes distinctifs ou savoir-faire, qui peuvent être combinés avec des restrictions portant sur la livraison ou l'achat de produits. »

La notion de propriété industrielle ou intellectuelle apparaît comme essentielle.

Article 3.1-a)

Points a et b du règlement

Ces deux premiers points concernent l'approvisionnement.

Le franchisé peut être soumis à l'obligation de :

« Vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services exclusivement, des produits répondant aux *spécifications objectives minimales* de qualité fixées par le franchiseur. »

Le franchiseur doit en conséquence faire une analyse particulièrement affinée des normes objectives de qualité des produits ou services, objet de la franchise.

La décision Computerland fait état par exemple d'une garantie européenne en tant que spécification objective minimale de qualité.

Le franchiseur devra les identifier en les annexant par exemple à son contrat.

Pour demeurer dans l'esprit du règlement de la commission, on peut se reporter à la définition du mot *identifié* lequel figure dans la définition fort précise du savoir-faire.

Cette définition représente un progrès certain par rapport à toutes les définitions précédentes preuve qu'à un niveau européen on fait des meilleures « trouvailles » qu'à un niveau national.

Rappel : *Définition du savoir-faire identifié* (art. 1-i) du règlement).

Identifié : Le fait que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

La description du savoir-faire peut être faite dans l'accord de franchise.

4/4.

un document séparé ou sous toute autre forme appropriée.

Article 3.1-b)

L'article 3.1-b) dispose :

« Vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués seulement par le franchiseur ou par des tiers désignés par lui, lorsqu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications objectives de qualité ».

Sous le point (a), on obligeait le franchisé à vendre ou utiliser exclusivement des produits répondant à des spécifications objectives minimales de qualité.

Dans l'hypothèse du point (b), il n'est pas possible du fait de la nature du produit, de définir ces spécifications objectives minimales.

Dès lors, le franchiseur peut imposer un approvisionnement exclusif à son franchisé — ceci sans préjudice des clauses noires sous l'article 5 point (b et c) — qui prohibe le même approvisionnement exclusif, lorsqu'il n'est pas justifié par l'absence de spécifications objectives.

Il ne faut pas oublier que ceci demeure valable dans la mesure où il s'agit de dispositions nécessaires pour préserver l'identité ou la réputation du réseau de franchise et où ces obligations nécessaires pour la protection des droits de propriété intellectuelle et industrielle.

Exemple : Décision Yves Rocher, considérant n° 45.

« L'obligation du franchisé de ne vendre que des produits portant la marque Yves Rocher, sous réserve des produits accessoires préalablement approuvés par le franchiseur, relève de la nature même de la formule de distribution. »

Il en résulte nécessairement que le franchisé ne peut s'approvisionner qu'auprès de Yves Rocher ou des autres franchisés (pour l'approvisionnement exclusif, se reporter notamment aux commentaires de l'article 5-a)).

Article 3.1-c). Clause de non-concurrence

Toujours sous la même condition de « nécessité », l'obligation suivante est admise :

« Ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchisé (1); cette obligation peut-être imposée au franchisé après la fin de

l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise. » (2)

1. Non-concurrence pendant le contrat

Il est bien entendu que le franchisé ne peut concurrencer son franchiseur ou un franchisé du réseau, en exerçant sous une enseigne différente, une activité similaire.

En revanche, il est utile de rappeler que le franchisé, s'il ne peut exercer une concurrence active (ex. par le biais de la publicité), sur le territoire donné en exclusivité à un autre franchisé du réseau, il peut fort bien exercer une concurrence passive; par exemple dans le cadre d'une franchise de prestation de services :

Si un consommateur du réseau Y demande au franchisé du réseau X d'intervenir sur le territoire du franchisé du réseau Y, il doit pouvoir le faire.

Exemple : Exemption individuelle « Service Master » (décision du 14 déc. 1988, JOCE 1322 du 3 déc. 1988).

Le contrat notifié par « Service Master » le 3 juin 1987 comportait un certain nombre de dispositions qui ne remplissaient pas les conditions nécessaires à l'octroi d'une exemption, en particulier des dispositions relatives à la protection territoriale, qui excluait initialement toute concurrence à l'intérieur de la marque entre franchisés.

« Service Master » n'a pu obtenir l'exemption individuelle qu'après avoir modifié cette disposition. Désormais les franchisés conservent des droits passifs de fourniture de services dans d'autres territoires.

2. Clause de non-concurrence après contrat

Le franchisé peut être tenu à une obligation de non-concurrence après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise.

1. Décision Yves Rocher ou la notion de « période raisonnable »

Décision Yves Rocher du 17 décembre 1987 (JOCE L-8 du 10 janv. 1987, page 1).

Si on se réfère à cette décision, on observe qu'au terme du contrat de franchise notifié par Yves Rocher, il est indiqué : « le franchisé s'interdit de concurrencer Yves Rocher directement ou indirectement, fût-ce comme salarié pendant une durée d'un an à l'intérieur du territoire exclusif, tant

par lui-même qu'avec le concours d'une firme concurrente ».

La commission a considéré dans son appréciation juridique, que ladite clause de non-concurrence n'était pas restrictive de concurrence.

Le considérant n° 47 de la décision Yves Rocher dispose que la clause de non-concurrence a simplement pour objet d'empêcher des producteurs concurrents de Yves Rocher de profiter du savoir-faire transmis par Yves Rocher à l'ancien franchisé et à la clientèle ralliée grâce à ce savoir-faire et aux signes distinctifs Yves Rocher, alors qu'en raison du territoire exclusif concédé au franchisé pendant la durée du contrat, Yves Rocher s'y trouve dépourvu de tout point de vente en fin de contrat et doit donc disposer d'une période raisonnable pour installer un nouveau centre de beauté.

Dans le cas d'espèce, la clause ne va pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre son objectif, puisque l'ancien franchisé peut concurrencer Yves Rocher dès la fin du contrat, en s'établissant en dehors de son ancien territoire exclusif, et ainsi éventuellement dans le territoire des autres franchisés Yves Rocher.

Dans ces conditions, la clause ne saurait être considérée comme restreignant la concurrence au sens de l'article 85 & 1.

2. Décision Computerland ou la notion de « compromis raisonnable »

Au terme du contrat notifié par Computerland, la clause de non-concurrence avait été jugée trop restrictive par la commission.

Après discussion, le franchiseur a décidé qu'une clause de non-concurrence d'un an après la fin du contrat dans un rayon de 10 kms autour de l'ancien point de vente, suffirait.

La commission considère que la clause modifiée constitue un compromis raisonnable entre le souci du franchiseur de protéger le caractère confidentiel de sa formule commerciale et d'ouvrir un nouveau point de vente dans l'ancien territoire exclusif de l'ancien franchisé, d'une part, et l'intérêt légitime de l'ancien franchisé de continuer à exercer son activité dans le même domaine, d'autre part.

Commentaire

De nombreux contrats de franchise français comportent des clauses de non-concurrence, qui sont largement plus restrictives que celles admises par le règlement.

Il faudra que les franchiseurs adaptent leur contrat à la nouvelle réglementation communautaire, ou justifient de l'application d'une clause de non-concurrence plus restrictive, en exposant leur motivation dans le cadre d'une notification en vue d'une exemption individuelle ou d'une non-opposition de la commission.

Les motivations des franchiseurs devront être objectives.

La commission refuse que la clause de non-concurrence ait un caractère de sanction.

Article 3.1-d) du règlement

Le franchisé peut avoir l'obligation de ne pas acquérir de participations financières dans le capital d'une entreprise concurrente, qui lui donnerait le pouvoir d'influencer la conduite économique d'une telle entreprise.

Il faut s'attarder sur la dernière partie de cet article.

Il s'agit encore une fois pour le franchisé de s'abstenir de concurrencer de façon indirecte le franchiseur.

Exemple :

Dans la décision Yves Rocher, la commission avait estimé que la clause subordonnant l'acquisition par le franchisé d'intérêts financiers dans le capital d'une société concurrente de Yves Rocher, à la condition que le franchisé ne soit pas amené de ce fait à participer personnellement à l'exercice d'activités concurrentes, n'était pas restrictive de concurrence.

Décision Computerland

Dans cette décision, Computerland à la demande de la commission a modifié la portée de la clause de non-concurrence qui a été modifiée de façon à permettre aux franchisés d'acquérir des intérêts financiers dans le capital d'entreprises concurrentes, mais pas au point que cette participation leur permette de contrôler ces entreprises.

L'ensemble des clauses de non-concurrence pendant ou après la vie contractuelle, doit être motivée par le fait que la concurrence ne doit pas bénéficier, ne serait-ce qu'indirectement, de la formule commerciale en cause.

Article 3.1-e)

« Vendre les produits qui font l'objet de la franchise, seulement à des utilisateurs finals ou à d'autres franchisés, lorsque ces produits ne sont pas vendus par d'autre canaux par le franchiseur ou avec son consentement ».

On doit rapprocher l'article 3.1-e) de l'article 4 point (a) du règlement d'exemption, lequel dispose que l'exemption s'applique à condition que :

« Le franchisé soit libre d'acheter les produits faisant l'objet de la franchise aux autres franchisés, en cas de distribution parallèle par un autre réseau de distributeurs agréés, le franchisé doit-être libre de s'approvisionner auprès de ceux-ci. »

La commission a toujours voulu en matière de distribution exclusive, que les approvisionnements parallèles entre les distributeurs agréés soient possibles, car elle refuse le cloisonnement total du marché.

Afin de bien montrer sa volonté, elle a une politique de répression particulièrement sévère en ce domaine.

Exemple n° 1 : Décision de la commission du 18 décembre 1987, relative à une procédure d'application de l'article 85, C.E.E. (JOCE L-49 du 23 févr. 1988, page 19).

Aff. Fisher Price c/ Quakers Oats LTD, Toyco

Cette affaire concernait des restrictions relatives aux importations parallèles de jouets Fisher Price du Royaume-Uni en Irlande, entre 1982 et 1985.

Pour la commission, l'interdiction d'exporter doit-être considérée comme une infraction grave.

Dans sa décision, la commission a arrêté que :

« L'accord entre Quakers Oats LTD et Toyco LTD visant à restreindre les importations parallèles du Royaume-Uni en Irlande, a constitué une infraction à l'article 85 & 1 du Traité de la C.E.E. »

La commission a estimé en outre que l'accord en question n'aurait pu bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85 & 3 du Traité de Rome, parce qu'il impose une restriction très importante qui n'est pas du tout indispensable à un bon système commercial, mais qui est clairement susceptible de nuire aux utilisateurs dans une partie substantielle au marché commun.

En l'espèce, une amende de 300.000 écus a été infligée à Quakers Oats.

Exemple n° 2 : Décision d'exemption individuelle de la commission, Charles Jourdan.

Au terme de cette décision, la commission a noté que le franchiseur s'était bien conformé aux règles de concurrence communautaire en indiquant dans son contrat que le fran-

chisé peut acheter les articles en cause à n'importe quel franchisé dépositaire agréé ou détaillant traditionnel, faisant partie du réseau Charles Jourdan.

Il est donc bien entendu que le franchisé peut être empêché de revendre les produits du franchiseur à d'autres commerçants que ceux étant habilités à les distribuer, qu'il s'agisse d'autres franchisés ou de dépositaires agréés. Une telle clause permet de maintenir l'unité d'un réseau, laquelle est un gage de qualité pour le consommateur qui en tirera avantage.

Article 3-f)

Le franchisé peut avoir pour obligation de :

« Commercialiser les produits ou les prestations de services faisant l'objet de la franchise au mieux de ses possibilités. »

La décision Computerland disposait pour sa part :

« Que l'obligation pour le franchisé de consacrer tous ses efforts à l'exploitation quotidienne de son magasin, est nécessaire pour garantir que les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur, soient correctement et entièrement appliquées. »

— Il peut être obligé d'offrir à la vente, un assortiment minimal de produits.

— Réaliser un chiffre d'affaires minimal.

— Planifier ses commandes à l'avance.

— Détenir un stock minimal.

— Assurer le service à la clientèle et la garantie (laquelle il faut le rappeler, doit-être européenne) (cf. art. 4-b) du règlement).

Article 3-g)

Le franchisé peut avoir pour obligation de :

« Payer au franchiseur une part déterminée de ses ressources pour la publicité, et réaliser lui-même la publicité, en devant obtenir l'accord du franchiseur sur la nature de celle-ci. »

Ainsi, dans la décision Computerland, on peut lire sous le point 8, article 2 :

« Le matériel publicitaire doit-être établi ou approuvé par CLE. »

En effet, la publicité joue un rôle essentiel dans l'évolution de la réputation du réseau. Un franchiseur a donc un intérêt légitime à veiller à ce que la publicité faite par les franchisés, ne ternisse pas la réputation

établie par le franchiseur (page 18, Computerland).

De même, au terme de la décision Charles Jourdan, la commission indiquait sous le point n° 28 que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau, ne sont pas visées par l'article 85 § 1, notamment l'obligation pour le franchisé de coopérer avec le groupe Charles Jourdan.

« Cette obligation, précise la commission, vise principalement la publicité qui doit être faite en accord avec le groupe Charles Jourdan, afin de maintenir l'image de marque du groupe. »

Il est certain que dans le cadre de la protection de l'image de marque, et du maintien de l'identité commune du réseau de franchise, le franchisé ne doit pas faire une publicité qui soit en dehors des normes fixées par le franchiseur.

Il est indispensable de maintenir une certaine cohérence, ou plutôt une cohérence certaine au sein du réseau, c'est là sa force.

Second groupe de clauses

Article 3.2

« Les obligations imposées au franchisé, qui ne font pas obstacle à l'application de l'article 1^{er}. »

L'exemption de ce second groupe de clauses, n'est plus subordonnée comme c'était le cas pour les clauses de l'article 3.1, à la protection des droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur, ni à la nécessité du maintien de l'identité commune et la réputation du réseau.

Ces 10 clauses (facultatives en tout état de cause), sont exemptées sans condition, et admises en tant que dispositions classiques des contrats de franchise.

Article 3.2-a)

Le franchiseur peut imposer au franchisé de :

« ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par le franchiseur ; le franchisé peut être tenu par cette obligation après la fin de l'accord ».

Il convient de se reporter à la définition du savoir-faire qui figure sous l'article 1^{er}, point 3-f, g, h, i, pour apprécier l'importance que les rédacteurs du règlement d'exemption ont entendu donner à cette notion essentielle (cf. *supra*).

Le savoir-faire doit être secret, substantiel, identifié.

La Cour de justice, dans l'arrêt Pro-

nuptia et la commission, dans ses décisions, ont décidé que les clauses qui sont indispensables pour empêcher que le savoir-faire du franchiseur ne profite à des concurrents, ne constituaient pas des restrictions de concurrence.

La commission a voulu que le règlement reprenne ces principes et en conséquence que le savoir-faire bénéficie d'une protection particulièrement importante ; pour cela, elle a insisté sur son caractère confidentiel, lequel doit être scrupuleusement respecté par le franchisé, même après la fin de l'accord, on pourrait dire « plus encore » après la fin de cet accord.

La décision « Computerland » illustre cette prise de position de la commission, qui considère que :

« ne sont pas visées par l'article 85, paragraphe 1, les dispositions visant à empêcher que le savoir-faire et d'autres formes d'aides fournies par le franchiseur, ne profitent à la concurrence ».

D'ores et déjà, il convient toutefois de signaler les dispositions de l'article 5, qui diminuent la portée de l'article 3.2-a), en ce qu'il dispose que l'exemption ne s'applique pas : « lorsque le franchisé est empêché de continuer à utiliser le savoir-faire après la fin du contrat, alors que celui-ci est devenu généralement connu ou aisément accessible autrement que par la violation d'une obligation du franchisé ».

Article 3.2-b)

Le franchiseur peut imposer au franchisé de :

« lui communiquer toute expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise et lui accorder ainsi qu'aux autres franchisés, une licence non exclusive pour le savoir-faire résultant de cette expérience ».

La franchise est un système de distribution basé sur le partenariat ; le principe étant que le franchisé bénéficie de l'expérience du franchiseur en contrepartie d'une compensation financière.

La commission a souhaité que le franchisé participe également de façon active à l'évolution du système mis en œuvre par le franchiseur, et qu'il ne soit pas uniquement demandeur.

Le franchisé doit avoir une mission *dynamique*.

Exemple : Le contrat et la décision Computerland.

« Le contrat de franchise Computerland prévoit que le franchisé est

tenu de communiquer à CLE, toute innovation ou amélioration (considérant n° 5), qu'il apporte et concède à CLE un droit non exclusif et non assorti du paiement d'une redevance... »

Dans cette décision, la commission a demandé à ce que les anciens franchisés soient expressément autorisés à continuer d'utiliser les innovations ou améliorations qu'ils ont apportées et dont il peut être démontré qu'elles sont séparables du système Computerland.

On note le souci, d'une part, d'encourager un dynamisme que le système même de la franchise serait tenté d'étouffer, et d'autre part, celui de préserver le mieux possible, le savoir-faire du franchiseur.

Article 3.2-c)

« L'obligation d'informer le franchiseur des droits de propriété industrielle ou intellectuelle concédés, celle d'intenter une action contre les contrefacteurs ou d'assister le franchiseur dans toute action en justice, engagée contre les contrefacteurs », sont également admises par le règlement.

Cette disposition confirme la volonté de la commission quant aux relations de partenaires, que doivent entretenir franchiseur et franchisé, notamment en ce qui concerne la protection des droits de propriété industrielle ou intellectuelle.

Article 3.2-d)

« Le franchisé peut être tenu de ne pas utiliser le savoir-faire fourni par le franchiseur, à d'autres fins que l'exploitation de la franchise ; le franchisé peut être tenu par cette obligation après la fin de l'accord. »

Il convient de rapprocher cette disposition des articles 3.2-a) et 3.1-c) et d) Elle confirme la volonté de la commission quant à une protection maximale du savoir-faire mis en œuvre, puis développé par le franchiseur.

Article 3.2-e)

Le règlement d'exemption autorise « le franchiseur à imposer à son franchisé, qu'il suive les cours de formation qu'il organise pour lui-même et son personnel ».

C'est encore le savoir-faire qui engendre la nécessité de formation.

Le savoir-faire implique un ensemble de connaissances qui doivent être transmises au franchisé.

Pour cela, ce dernier et son personnel doivent suivre des cours de formation, lesquels sont pratiquement inhérents au contrat de franchise.

10 MARS 1989

Grâce à cette formation, le franchisé peut installer son « établissement plus rapidement et avec de meilleures chances de succès » puisqu'il réédite le succès du franchiseur.

Exemple : Décision Computerland — considérant n° 2 sous A — Description générale du système de franchise appliqué par Computerland

« CLE fournit une aide permanente sous la forme de formation, de renseignements, de conseils, d'orientation et de savoir-faire, concernant les méthodes de Computerland... »

« CLE aide les franchisés à créer et gérer leurs magasins, en leur fournissant un savoir-faire commercial et des connaissances techniques. »

Article 3.2-f) et g)

L'exemption s'applique aux accords qui obligent le franchisé à :

« appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur, y inclus toute modification ultérieure de celles-ci et utiliser les droits de propriété industrielle ou intellectuelle, licenciés. »

« Respecter les normes du franchiseur en matière d'équipement et de présentation des locaux et/ou moyens de transports visés au contrat. »

Le franchisé après avoir été formé, doit en toute logique se conformer aux prescriptions du franchiseur dans la gestion quotidienne de son établissement, afin notamment que l'image de marque du réseau demeure uniforme.

Le consommateur peut ainsi être assuré de trouver une qualité équivalente, quel que soit l'endroit où il achètera un produit ou celui où il demandera un service.

Il ne faut pas oublier à cet égard, que l'une des motivations de la commission pour accorder l'exemption, a été « la part équitable réservée aux consommateurs et aux utilisateurs finals ».

Exemple : Décision Computerland — considérant n° 23-iii

« L'obligation pour le franchisé de se conformer aux méthodes commerciales uniformes du franchiseur, fait partie intégrante du système de franchise et garantit le respect des normes d'homogénéité et de qualité du réseau. »

Considérant n° 23-V

« L'obligation pour le franchisé... de se conformer aux instructions du franchiseur, concernant l'aménagement intérieur et l'aspect extérieur

du magasin, vise à préserver la réputation du réseau... »

Décision Pronuptia — considérant n° 25-ii

La commission a estimé que n'était pas visée par l'article 85 § 1 : « L'obligation pour le franchisé d'exercer la franchise dans un local aménagé et décoré selon les instructions du franchiseur. »

Article 3.2-h)

Le franchiseur peut imposer au franchisé de : « lui permettre d'effectuer des contrôles des locaux et/ou moyens de transports visés au contrat, y compris les produits vendus et les services fournis, ainsi que les inventaires et les états financiers du franchisé. »

De nombreux contrats de franchise prévoient ce droit de contrôle, qui permet d'éviter les déviations que pourraient être tentées de faire les franchisés, déviations qui entraîneraient la rupture de l'homogénéité de l'image de marque du franchiseur et qui, par voie de conséquence, seraient préjudiciables à l'ensemble du réseau franchisé.

La décision Service Master, sous son considérant n° 19, dispose par exemple que :

« L'obligation pour le franchisé d'accepter que Service Master contrôle ses installations et de présenter des états financiers, permet au franchiseur de vérifier si le franchisé exerce son activité conformément aux méthodes d'exploitation définies par Service Master... »

« Si le droit de contrôle n'est pas utilisé abusivement au point de régir les activités commerciales des franchisés en dehors de leur territoire ou de leur imposer leur prix de vente (clause noire, art. 5-e) *infra*, il ne peut être considéré comme un élément restrictif de concurrence. »

La commission a toutefois souhaité atténuer quelque peu les dispositions de l'article 3.2-h), en prévoyant sous l'article 8 (e) du règlement, qu'elle pourra retirer le bénéfice de son application, « si elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté en application du présent règlement a cependant certains effets, qui sont incompatibles avec les conditions de l'article 85, paragraphe 3 du traité, notamment lorsqu'une exclusivité territoriale est concédée au franchisé et que le franchiseur utilise son droit d'examiner les locaux et/ou moyens de transport, visé au contrat... pour d'autres motifs que de protéger son savoir-faire, de maintenir l'identité commune et la réputation du réseau

franchisé ou de vérifier si le franchisé respecte ses obligations au titre dudit accord ».

Article 3.2-i)

L'obligation pour le franchisé de : « ne déplacer qu'avec l'accord du franchiseur, les locaux visés au contrat » est également exemptée par la commission.

L'exclusivité territoriale accordée au franchisé, peut être le pendant de cette obligation. (V. les commentaires sous l'art. 2, *supra*).

Le franchiseur a créé un réseau de franchise, en fonction de zones d'emplacements déterminées. Le franchisé ne peut sans risquer de briser la politique générale d'implantation du réseau, déplacer à sa guise son établissement.

La conjonction d'une clause d'emplacement qui fait l'obligation au franchisé d'exercer son activité à partir de l'établissement indiqué dans son contrat, et lui interdit donc d'ouvrir d'autres magasins, et de la clause d'exclusivité qui lui assure une zone protégée, entraîne, il est vrai, un certain partage de marché qui a pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du réseau dans lequel la formule commerciale est exploitée.

Toutefois, la commission a admis que cette protection territoriale limitée (puisque le franchisé demeure libre, il faut le rappeler, d'exercer une concurrence passive aux autres franchisés du réseau) accordée au franchisé, est indispensable pour protéger son investissement.

En conséquence, elle a estimé sous son article 2 — que l'exemption s'appliquait lorsque les accords comprenaient une telle restriction de concurrence (Cf. *supra*).

Article 3.2-j)

Le franchisé peut être tenu de :

« ne pas céder les droits et obligations résultant du contrat, sans l'accord du franchiseur ».

La plupart des contrats de franchise sont signés *intuitu personae* et ne peuvent en conséquence, être ni cédés, ni transférés, sans l'accord du franchiseur, lequel dispose du droit de choix de ses franchisés en fonction de « leur aptitude générale présumée ».

Exemple

La commission a considéré dans la décision Yves Rocher, que :

« le franchiseur est logiquement en droit de choisir librement ses partenaires et d'écarter les candidats qui ne lui apparaissent pas remplir les

communications personnelles et professionnelles qu'il exige pour l'application de la formule mise au point ».

En conséquence, la commission reconnaît au franchiseur le droit au choix de ses franchisés, ceci pour obtenir des conditions optimales de collaboration.

C'est pourquoi, il peut être interdit au franchisé de céder tout droit et obligations qu'il a contractés avec le franchiseur.

Article 3.3

La commission au terme de cet article 3-a), précise que :

« lorsqu'en raison de circonstances particulières, les obligations visées au paragraphe 2 tombent sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, l'exemption prévue à l'article 1^{er} s'applique également aux accords qui comprennent de telles obligations, peu importe le fait qu'ils contiennent ou non des restrictions énumérées à l'article 2 ».

Article 4

A. Introduction

Le règlement d'exemption prévoit, sous son article 4, quelles sont les conditions qui doivent être réunies pour son application.

L'article 4 est composé de trois clauses. Deux d'entre elles doivent impérativement figurer dans le contrat de franchise, tandis que la troisième n'est que facultative.

Article 4-a)

L'exemption prévue à l'article 1^{er} s'applique à condition que :

« le franchisé soit libre d'acheter les produits faisant l'objet de la franchise aux autres franchisés ; en cas de distribution parallèle par un autre réseau de distributeurs agréés, le franchisé doit être libre de s'approvisionner auprès de ceux-ci ».

Dans son préambule (point 11), la commission a indiqué que pour garantir que la concurrence ne puisse pas être éliminée pour une partie substantielle des produits en cause, il est nécessaire que les importations parallèles restent possibles, les livraisons croisées entre franchisés doivent toujours être permises.

La commission maintient pour les contrats de franchise, la politique qu'elle a toujours appliquée dans le cadre de la distribution sélective, c'est-à-dire qu'elle refuse qu'une exclusivité territoriale accordée soit renforcée par un cloisonnement total du marché.

Le franchisé de Munich doit être libre, si besoin en était, de s'approvi-

sionner auprès du franchisé de Milan (V. supra art. 3.1-e).

Exemple

Décision Pronuptia

Dans cette affaire, la commission a demandé au franchiseur qui s'est exécuté de modifier le contrat notifié, de façon à ce que le franchisé soit autorisé à acheter les produits Pronuptia auprès d'autres franchisés.

La commission souhaite en outre que lorsque le réseau de franchise est combiné avec un système de distribution sélective, les franchisés puissent être libres de s'approvisionner auprès des distributeurs agréés.

Seule l'homogénéité de la qualité des produits doit être prise en compte pour restreindre le cas échéant, la liberté d'approvisionnement des franchisés.

Article 4-b)

L'exemption prévue à l'article premier, s'applique à condition que :

« Si le franchiseur impose au franchisé d'assurer une garantie pour les produits du franchiseur, cette obligation s'applique également auxdits produits livrés par tout membre du réseau de franchise ou par d'autres distributeurs qui appliquent une garantie similaire dans le marché commun. »

Le règlement n° 123/85 de la commission (JOCE n° L-15 du 18 janv. 1985 p. 16) concernant « l'application de l'article 85, paragraphe 3 du Traité C.E.E. à des catégories d'accords de distribution et de services de vente et d'après-vente de véhicules automobiles », avait déjà institué une telle garantie sous son article 5.1.

La clause de garantie européenne a pour vocation de faire profiter le client de la garantie « maison » du réseau des franchisés.

Ainsi, le consommateur peut actionner en garantissant un centre franchise, même si ce n'est pas ce dernier qui lui a vendu le produit.

Exemple : Décision Computerland

Au terme du contrat notifié par CLE, il est stipulé sous la rubrique garantie :

« CLE n'accepte de vendre les produits d'un fabricant, que s'ils sont couverts par une garantie européenne d'une durée minimale de six mois... »

La décision de la commission suite à la notification dispose pour sa part que le fait que la société CLE s'assure qu'une garantie européenne soit octroyée, démontre une démarche conforme à ses préoccupations,

concernant l'intégration du marché et la protection du consommateur (6).

Il convient de préciser que les dispositions de l'article 4-b), laissent au franchiseur la liberté de prévoir ou non une garantie. Ce qui lui est imposé, c'est que cette garantie, si elle existe, soit « européenne au moins pour les produits portant sa marque ».

Article 4-c)

L'exemption prévue à l'article premier, s'applique à condition que :

« Le franchisé soit tenu d'indiquer son statut d'entreprise indépendante ; cette indication ne doit cependant pas interférer avec l'identité commune du réseau franchisé, qui résulte en particulier de l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne identique et de l'apparence uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat. »

La commission a estimé qu'une telle clause était nécessaire pour garantir que les consommateurs reçoivent une part équitable du bénéfice résultant de l'accord de franchise, le commerçant indépendant étant personnellement intéressé par un fonctionnement efficace de son entreprise.

Exemple : Contrat Computerland

Considérant n° 4 de la décision.

« Choix et forme juridiques des franchisés. »

« Tout franchisé est tenu de créer une société pour exploiter son magasin Computerland ; un panonceau indiquant que le franchisé possède et exploite de manière indépendante son commerce sous franchise de Computerland, doit être placé en évidence dans le magasin. »

De même, les produits vendus doivent porter une étiquette indiquant le nom, l'adresse et le numéro de téléphone du franchisé.

La décision : Considérant n° 24.

« L'obligation pour le franchisé de placer un panonceau dans son magasin, indiquant qu'il en est le propriétaire indépendant et qu'il exploite sous franchise de CLE, permet au public de savoir qui est réellement propriétaire et responsable de chaque point de vente.

La commission considère qu'une telle disposition n'a « aucune portée concurrentielle », dès lors elle est exclue du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1.

(6) Cf. douzième rapport sur la politique de concurrence n° 77 et n° 78, et le douzième considérant du règlement C.E.E. n° 123/85 de la commission.

Contenu de l'article 5

Introduction

L'article 5 du règlement appelé liste noire, précise quelles sont les restrictions qui ne peuvent figurer dans les accords de franchise pour bénéficier de l'exemption par catégorie.

Ces restrictions tombent en effet sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, sans qu'il existe de présomption générale produisant les effets positifs définis sous l'article 85, paragraphe 3 du traité.

L'article 5 est composé de 7 clauses.

Article 5-a)

L'exemption par catégorie ne s'applique pas lorsque :

a) Des entreprises fabriquant des produits ou accomplissant des prestations de services, qui sont identiques ou considérés comme similaires par les utilisateurs en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage, concluent entre elles des accords de franchise concernant ces produits ou services.

La Commission européenne n'a pas souhaité que l'exemption par catégorie s'applique lorsqu'il existe un partage du marché entre producteurs. Lorsqu'il y a un effet cumulatif de réseau, il conviendra de procéder à une notification en vue d'une exemption individuelle.

Article 5-b) et c)

L'exemption ne s'applique pas lorsque :

— Article 5-b), sans préjudice de l'article 2-e) (cf. *supra* — interdiction faite au franchisé de concurrencer les produits du franchiseur) et de l'article 3, paragraphe 1 point (b) (cf. *supra* — approvisionnement exclusif, lorsqu'il est impraticable de formuler des spécifications objectives de qualité),

Le franchisé est empêché de s'approvisionner en produits de qualité équivalente à ceux qui lui sont proposés par le franchiseur.

— Article 5-c), sans préjudice de l'article 2 point (e), le franchisé est tenu de vendre ou d'utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués par le franchiseur ou des tiers désignés par le franchiseur et lorsque le franchiseur refuse, pour des raisons autres que la protection des droits de propriété industrielle et intellectuelle du franchisé ou le maintien de l'identité et de la réputation du réseau franchisé, de désigner comme producteurs autorisés des tiers proposés par le franchisé.

La Commission européenne a exclu de l'exemption par catégorie, les clauses limitant indûment le choix du franchisé pour ses fournisseurs.

Le mot *indûment* est particulièrement important. En effet, l'exclusivité d'approvisionnement n'est pas exclue en elle-même, puisqu'elle est notamment expressément prévue sous l'article 3.1-b) du règlement.

Le franchiseur peut imposer un approvisionnement exclusif pour ses produits (voir cf. *supra* — la définition de la notion de produit du franchiseur) lorsqu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise d'appliquer des spécifications objectives de qualité.

La commission a en outre souhaité que les franchisés puissent jouer un rôle actif dans le choix d'éventuels fournisseurs, (5-c). Ainsi la commission qui a exempté le contrat Computerland dispose dans le considérant 8 de sa décision :

« Les franchisés jouent un rôle actif dans le choix de la gamme de produits vendus, notamment en participant à des réunions périodiques du conseil des produits du réseau européen, au cours desquelles ils peuvent faire des propositions à CLE concernant l'agrément de nouveaux produits. »

Exemple : Approvisionnement exclusif autorisé — Décision Yves Rocher (cf. *supra*, art. 3.1-b)).

Article 5-d)

L'exemption catégorielle ne s'applique pas : « lorsque le franchisé est empêché de continuer à utiliser après l'expiration du contrat le savoir-faire licencié, alors que ce savoir-faire est devenu généralement connu ou facilement accessible, sans que cela résulte d'une violation de ses obligations par le franchisé ».

Il a déjà été noté que les clauses restreignant la liberté du franchisé après la fin de l'exécution du contrat de franchise, sont principalement destinées à protéger le savoir-faire du franchiseur.

Si le savoir-faire du franchiseur n'est plus protégeable, le franchisé ne doit pas être pénalisé par rapport aux autres intervenants économiques, sous l'unique prétexte qu'il s'est préalablement engagé à ne pas utiliser le savoir-faire hors des relations contractuelles avec le franchiseur. Bien entendu, le franchisé ne doit pas être à l'origine de la divulgation du savoir-faire considéré.

Article 5-e)

L'exemption par catégorie ne s'applique pas : « Si le franchisé est limité par le franchiseur directement ou indirectement, quant à la détermination des prix de vente de produits et services qui font l'objet de la franchise, sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de recommander des prix de vente. »

Le franchisé doit être libre de déterminer ses prix de vente.

La commission tout comme la Cour de justice n'admettent aucun écart sur ce principe jugé essentiel pour la pérennité de l'économie de marché instituée par le Traité de Rome.

Exemple : Yves Rocher.

A l'origine, le contrat de franchise notifié par « Yves Rocher » comportait des clauses de prix imposés.

A la suite des observations de la commission, Yves Rocher a du supprimer formellement ces clauses de prix imposés, il est vrai non appliquées en pratique, afin d'obtenir une décision d'exemption individuelle.

Article 5-f)

L'exemption par catégorie ne s'applique pas : « Si le franchiseur impose au franchisé de ne pas contester les droits de propriété industrielle ou intellectuelle qui constituent la franchise, sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de mettre fin à l'accord dans un tel cas ».

Il s'agit d'une constante du droit communautaire conforme aux décisions tant de la Cour de justice que de la commission dont l'exposé se suffit par lui-même.

Le franchisé doit demeurer libre de contester les droits susmentionnés.

Exemple :

Afin d'illustrer ce point, on peut citer une disposition du contrat de franchise notifié par Computerland qui dispose que :

« Lors de la signature du contrat, le franchisé reconnaît la validité des noms et des marques, ainsi que leur appartenance à CLE, mais son droit de contester les droits de propriété industrielle de CLE ne fait l'objet d'aucune restriction ».

Article 5-g)

L'exemption ne s'applique pas lorsque :

(7) Cet article est extrait de l'ouvrage de M^r Olivier Gast : « Les procédures Européennes ou droit de la concurrence et de la franchise » (Mars 1989, Collection Jupiter).

franchisés sont tenus de ne fournir, à l'intérieur du marché commun, les produits ou services qui font l'objet de la franchise à des utilisateurs finals en raison de leur lieu de résidence ».

Aux termes de l'article 3.1-e) du règlement (cf. *supra*), il a déjà été indiqué que le franchisé ne pouvait exercer une concurrence active sur le territoire accordé à un autre franchisé, mais qu'il pouvait toutefois parfaitement fournir des produits et/ou services à tout utilisateur qui en faisait la demande quel que soit son lieu de résidence.

Il convient donc de se reporter aux commentaires sous l'article 3.1-e). Le franchisé doit demeurer libre de contester les droits susmentionnés.

Conclusion

Il a été noté que la commission avait souhaité aller au delà du pur problème de concurrence, en appréhendant de façon globale la notion de franchise.

Dès lors, on peut légitimement s'interroger sur la question de savoir si cette approche « suspecte », à la veille du marché unique n'est pas déjà la preuve d'une volonté affirmée et d'une volonté de puissance de la commission (DG IV) pour s'imposer comme autorité supranationale dont le domaine d'intervention ne se cantonnerait plus au seul droit de la concurrence, mais tendrait à s'élargir aux domaines connexes.

D'autre part, on peut d'ores et déjà augurer que la première conséquence de l'application du règlement, sera d'influencer la jurisprudence des juridictions nationales.

Certains voient déjà le spectre de la perte de la souveraineté française, mais en tant que citoyen européen convaincu, je dois dire : « tant mieux » (7) !

Olivier GAST
et Françoise MALBO
Avocats à la cour

bibliographie

L'éthique médicale

Claire Ambroselli

« Que sais-je » - PUF 1988

Un petit ouvrage sur un grand sujet fort à la mode ? La réflexion de M^{me} Ambroselli représente beaucoup plus que cela. Elle s'avère fondamentale. A l'heure où se multiplient les directives internationales d'éthique médicale, où se créent des comités d'éthique locaux ou nationaux, où le législateur français se penche sur la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales (loi n° 88-1138 du 20 déc. 1988) tandis que certains prônent la « mort douce », l'auteur a choisi d'analyser le passé.

La crise contemporaine de l'éthique médicale est née hier. Elle s'est révélée dans l'horreur paroxystique de la « solution finale » à laquelle des médecins allemands prêtèrent leurs concours. Pour les juger, le tribunal militaire américain dû élaborer, en 1947, le Code de Nuremberg. Cette définition, préalable au jugement, de dix règles éthiques constitue l'ébauche tragique à partir de laquelle se construisent les principes de l'éthique médicale contemporaine. M^{me} Ambroselli nous donne, à travers une étude historique, les clefs

des problèmes et des difficultés d'aujourd'hui.

Le fascicule répond à trois questions : comment des médecins et des institutions médicales ont-ils pu participer à la politique criminelle nazie ? Quels étaient les enjeux du procès de Nuremberg et quelles règles d'éthique médicale ont été élaborées à partir de cette réflexion sans précédent.

La réponse aux deux premières questions met en relief les deux facteurs essentiels de la médecine moderne : l'expérimentation d'une part, qui, avec la médecine expérimentale, fait apparaître à la place du malade un sujet expérimenté. La maîtrise du vivant par la biologie, d'autre part, qui donne à la vie et la mort désormais médicalisées, une autre valeur (traduite dans de nombreux pays par des programmes de stérilisation et d'extermination douce).

Analysant le Code de Nuremberg l'auteur insiste autant sur les réponses — les conditions posées à l'expérimentation sur l'homme — que sur les silences gardés sur des questions

essentielles, révélateurs des difficultés rencontrées par les juges. Par exemple ceux-ci ne font aucune allusion aux relations complexes qui ont liés l'Etat nazi concepteur des programmes d'extermination et les médecins qui les ont exécutés et sans lesquels ces crimes contre l'humanité n'auraient pas été possibles.

Les difficultés auxquelles se sont heurtés les juges militaires de Nuremberg sont celles qui se posent encore aujourd'hui. Si la mort est toujours médicalisée, la biologie et la médecine ont désormais investi la conception et la naissance. Et cet ouvrage nous prend à témoin : « Est-il possible de mesurer les enjeux des décisions prises et à prendre sans les relier aux racines historiques dont dépend les valeurs en question ? Sous prétexte de maîtriser scientifiquement la vie, ne risque-t-on pas de continuer à porter atteinte aux libertés fondamentales ? »

Claire NEIRINCK
Maître assistant à la faculté
des sciences sociales de Toulouse I