

actualité communautaire

Contrats de franchise

Bruxelles confirme Luxembourg !

La parution du tout premier avant projet de règlement d'exemption par catégorie des accords de franchise inspire différentes réflexions. Beaucoup de choses apparaissant comme tout à fait positives dans ce projet, tandis que d'autres le sont moins. L'avant projet reproduit ci-après intégralement, paraîtra au *Journal Officiel* de la fin septembre 87 (avec déjà peut-être d'éventuelles modifications, car dans sa forme actuelle il ne semble pas parfait au niveau du moins de la rédaction), pour être soumis à la critique éventuelle des états membres.

Naturellement tout d'abord apparaît la satisfaction de voir qu'au plan du principe même de l'élaboration d'un règlement d'exemption par catégorie des contrats de franchises, le premier projet de travail élaboré par la Commission, même s'il souffre d'imperfections qu'à notre avis il conviendra de rectifier, ne remet aucunement en cause les principes de base que l'on avait pu voir se dégager notamment de la jurisprudence Pronuptia (1).

La Commission considère d'un œil favorable les contrats de franchise, et propose donc un principe général d'exemption d'applicabilité de l'article 85 du traité de Rome. Elle n'hésite pas à faire certaines déclarations d'intentions que les franchiseurs seront vraisemblablement fort aisés d'entendre telles que :

« La Commission est généralement favorable aux contrats de franchise » (2).

« Ils améliorent la distribution... ».

(1) O. Gast : *L'affaire Pronuptia ou le Monde de la Franchise soulagé*. Petites Affiches 30 avril 1986, page 20 et suivantes.

(2) La Commission de la C.E.E. veut-elle assassiner la franchise ? Olivier Gast in Petites Affiches 28 juin 1985, page 24.

« Finalement, ils réservent aux consommateurs et aux autres utilisateurs finaux une part équitable du bénéfice qui en résulte... ».

Il va de soi que cette exemption n'est pas générale ni sans conditions, et ce sont certaines de ces conditions qui amènent aux réserves mentionnées plus haut.

En effet, certains points semblent aller à l'encontre de l'intérêt de quelques franchiseurs. La Commission, de son propre fait, puisqu'elle a repoussé le butoir d'application de l'article 85 de 50 millions à 200 millions d'écus (indépendamment de l'autre butoir, les 5% du marché C.E.E.), n'a finalement examiné que peu de cas pratiques de contrats de franchise. Elle en a vu trois par l'intermédiaire des demandes d'exemption individuelles formulées

I. Le contenu de l'avant-projet

La Commission qui préalablement précise que la franchise industrielle est exclue du champ d'application du règlement d'exemption alors qu'en revanche la master franchise y est incluse, propose dans son article premier le principe de l'exemption des contrats de franchise, en apportant quelques définitions. Dans son article 2, elle énumère les trois grandes catégories de clauses restrictives de

par Pronuptia, Yves Rocher et Computerland et quelques points particuliers lui échappent peut-être encore.

Figure également dans ce texte une excellente définition du savoir-faire en matière de franchise, qui devrait être immédiatement exploitable à tous les stades de la vie judiciaire française actuelle. Jugez plutôt :

Savoir faire : « un ensemble de connaissances pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur, et testées par celui-ci, transmissibles et non immédiatement accessibles au public, portant sur la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals, notamment sur la présentation de 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 » (3).

Par contre, le document lui-même est d'une rédaction complexe, son plan est extrêmement peu clair, même à seconde ou troisième lecture. Les commentaires qui le précèdent n'en clarifient guère l'interprétation.

Si bien que la lecture que nous vous suggérons de ce projet n'est encore qu'une première ébauche qui méritera certainement d'être approfondie.

Après une analyse sommaire du contenu de ce projet de règlement d'exemption, l'on se bornera donc aux premières réflexions qu'il nous a inspiré.

concurrency qu'elle veut bien voir exempté. Dans son article 4 les clauses ou conditions qui doivent figurer pour que l'exemption puisse jouer. Dans son article 5 les clauses ou conditions, dites « liste noire », qui

(3) Olivier Gast : *La Règle des Trois-Deux* in Petites Affiches 14 juillet 1982, page 11 et suivantes.

empêchent par leur existence même l'exemption de s'appliquer.

Quant à l'article 3, il énumère toute une série de clauses qui sont indiquées comme « ne faisant pas obstacle à l'application de l'article 1^{er}, et qui ne sont pas considérées comme restrictives de concurrence en tant que telles, ce qui semblerait indiquer que leur existence est considérée comme possible sans qu'il y ait pour cela à voir appliquer le jeu positif et négatif des articles 4 et 5. Cette interprétation du texte est confortée par le fait que ces mêmes clauses sont prévues en fin d'article 3 comme étant couvertes par l'exemption générale de l'article 1^{er}, même lorsqu'en raison de circonstances particulières des telles obligations tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 ».

A. Les clauses restrictives exemptées

Sont donc expressément exemptées (article 2) :

- a) La protection territoriale accordée par le franchiseur au franchisé.
- b) La clause de localisation imposée au franchisé.
- c) L'obligation imposée au franchisé de ne pas vendre les produits objets de la franchise en dehors du réseau lui-même.

Le paragraphe c) de l'article 2 est en fait, mal rédigé, puisqu'il est ainsi tourné : « ...est exemptée... L'obligation pour le franchisé de ne vendre les produits qui font l'objet de la franchise qu'aux utilisateurs finals ou autres franchisés, sans préjudice.

— De la liberté des franchisés de vendre les produits à des tiers sans exploiter la franchise ou une formule similaire ;

— Des obligations que le franchisé peut avoir à l'égard de fabricants dont il est le distributeur agréé ».

Les deux derniers paragraphes de ce c) semblent donc, l'un annuler ce qui précède, l'autre être sans rapports très clair avec le début du texte. Il est donc possible qu'il ne s'agisse que d'une imperfection de rédaction et nous n'en tiendrons donc pas compte dans notre commentaire immédiat.

B. Les clauses considérées comme non restrictives

Ces clauses seront donc nécessairement exemptées. Il s'agira de :

a) L'approvisionnement exclusif en produits répondant aux spécifications du franchiseur, dans la

mesure où cela est nécessaire pour protéger le savoir-faire du franchiseur ou pour maintenir l'identité et la réputation du réseau.

b) Dans la même mesure, l'approvisionnement exclusif auprès du franchiseur ou de tiers désignés par lui, lorsqu'il est impossible en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise de formuler des spécifications objectives de qualité.

c) La clause de non-concurrence pendant la durée prévue au contrat, dans le territoire visé au contrat ou celui d'un autre franchisé. (Rédaction peu claire de ce c) qui de plus ne précise pas si la clause de non-concurrence est également valide lorsqu'elle couvre un territoire non encore attribué.)

d) La clause de reprise de la marque et du savoir-faire après expiration du contrat... (Ce qui est la porte ouverte à une acceptation de la clause de non-concurrence à expiration du contrat.)

e) La clause de secret.

f) L'obligation d'intervenir dans l'éventualité de contrefaçons.

g) L'obligation de se soumettre à la formation.

h) Les clauses de quotas, les obligations de prévisions de commandes et de stock, les obligations d'assurer services ou garanties.

i) Les clauses de paiement de redevance publicitaire et de contrôle de la publicité locale.

j) L'obligation d'utiliser le package du franchiseur.

k) L'obligation de respecter les normes du franchiseur en matière d'équipement et de présentation.

l) La clause de contrôle (inventaires et finances).

m) L'obligation de ne déplacer qu'avec l'accord du franchiseur les installations visées au contrat.

n) La clause d'*intuitu personae*.

Toutes ces dispositions sont donc considérées comme non restrictives et ceci même si pour des raisons particulières elles tombaient sous le coup de l'article 85 § 1.

Il n'est pas précisé en revanche si ces clauses, considérées donc *a priori* comme n'étant pas anti-concurrentielles, et profitant, dans l'hypothèse où, en raison de circonstances particulières, elles le deviendraient, de l'exemption de l'article 1^{er}, doivent dans un tel cas rentrer dans le cadre fixé par le jeu des articles 4 et 5.

L'on peut présumer que oui, mais la réponse n'est cependant pas certaine.

C. Les conditions qui doivent être réunies pour que l'exemption s'applique

Quatre conditions à cela :

a) Que le franchisé soit libre de s'approvisionner auprès des autres franchisés et, le cas échéant auprès des distributeurs agréés par le franchiseur.

b) Que, si le franchiseur impose au franchisé d'assurer une garantie pour les produits marqués, il l'impose aussi aux autres franchisés.

c) Que le franchisé soit libre d'acquérir des intérêts financiers dans le capital de concurrents du franchiseur, lorsque ces investissements n'impliquent pas sa participation personnelle à l'exercice de ces activités.

d) Que le contrat ou les annexes soient aussi précis que possible quant à la description du savoir-faire et du concept.

D. Les circonstances qui empêchent l'exemption de jouer.

Sept circonstances peuvent l'empêcher :

a) Si la concurrence sur le marché en cause est restreinte de façon sensible en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires mis en place par plusieurs fabricants ou distributeurs

b) S'il y a « accords réciproques de franchise » entre des fabricants de produits identiques ou considérés comme similaires par les utilisateurs, en vue de la distribution de ces produits.

Ce paragraphe semble viser des ententes mais on voit mal lesquelles. Comment des fabricants pourraient-ils conclure entre eux des accords de franchise tendant à la distribution de leurs produits ? Si ce n'est le cas rarissime d'un échange croisé de Master franchises complémentaires (et non pas similaires).

c) Si l'approvisionnement exclusif auprès du franchiseur n'est pas justifié par la protection du savoir-faire du (sic) franchisé, ou le maintien de l'identité et de la réputation du réseau franchisé.

d) Si le franchiseur refuse d'agréer un nouveau fournisseur proposé par le franchisé sans raisons objectivement justifiées.

e) Si le franchisé est soumis à des prix de ventes imposés, directement ou indirectement.

f) Si la contestation des droits de propriété intellectuelle du franchiseur est interdite au franchisé.

g) S'il existe une clause de protection territoriale absolue empêchant le franchisé ou le franchiseur de travailler avec des clients non situés dans son territoire exclusif.

D. Procédure d'opposition et autres

Existent enfin des articles 6, 7 et 8 prévoyant une procédure pour les contrats non couverts par l'exemp-

tion prévue aux articles 1 à 3 et qui ne tombent pas dans l'article 5. (Notification à la Commission etc.), diverses mentions quant au caractère secret des informations recueillies par la Commission, la possibilité de retirer l'exemption notamment lorsque sur un marché donné l'accès de nouveaux franchiseurs ou la concurrence entre ceux déjà établis est sensiblement restreinte.

II. Critique de certaines des dispositions de cet avant-projet

Seront certainement très mal ressenties car assez gênantes pour certains franchiseurs quelques dispositions de ce projet.

A. L'article 4 c)

Il s'agit de l'article qui prévoit que l'exemption ne pourra pas s'appliquer si le franchisé n'est pas laissé libre d'investir dans le capital de concurrents du franchiseur lorsque ces investissements n'impliquent pas sa participation personnelle.

Première observation : la rédaction de ce paragraphe 4 c) ne permet pas de voir QUI la Commission considère-t-elle comme un concurrent du franchiseur. S'agit-il à ses yeux des seuls autres franchiseurs dans le même secteur d'activité, ou bien des franchisés d'un franchiseur concurrent ? ou même d'une activité concurrente mais qui ne serait pas exploitée en franchise.

Deuxième observation : si un franchisé a le droit de mettre un pied chez le concurrent, quel qu'il soit, comment assurer qu'il n'y ait pas détournement du savoir-faire, non-respect de la clause de secret ? Comment donc assurer la pérennité de l'identité du réseau. Ceci alors même que cette idée de protection de l'identité du réseau est l'une des grandes notions reconnues par la Commission.

B. Article 5 a)

Il s'agit de l'article qui dispose que l'exemption ne s'applique pas lorsque la concurrence sur le marché en cause est restreinte de façon sensible en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires mis en place par plusieurs fabricants ou distributeurs.

Ceci implique que les chaînes importantes travaillant dans un secteur où la concurrence est-elle aussi organisée en réseau ne profiteront pas de l'exemption par catégorie.

On devine aisément quelles sont les chaînes visées...

Mais le problème peut se poser aussi pour des chaînes de moindre importance s'il existe sur leur secteur d'activité beaucoup de réseaux, la façon « sensible » dont peut être restreinte la concurrence et l'effet cumulatif mentionnés pouvant être interprétés de multiples façons.

Il faudra donc dans ces conditions procéder si les circonstances l'imposent à une notification tendant à une demande d'exemption individuelle.

C. Article 5 c)

Il s'agit de la clause qui empêche l'exemption de jouer si le franchisé est contraint à un approvisionnement exclusif non justifié par la protection du savoir-faire ou le maintien de l'identité du réseau et de sa réputation alors même qu'il trouverait des produits de qualité équivalente.

A première analyse il semble donc que ne puissent profiter d'une obligation d'approvisionnement exclusif que les produits griffés ou bien, non griffés mais objets d'une campagne de promotion importante, si bien que

les produits seront identifiables par le public et que l'identité du réseau sera donc en cause.

En revanche, le franchiseur qui procède par assortiment, sans systématiquement marquer ses produits lesquels auront vraisemblablement souvent des concurrents pouvant être considérés comme équivalents, risquerait d'avoir des difficultés pour faire admettre à quel point le principe d'un assortiment type est fondamental pour la protection de son savoir-faire et l'identité de son réseau.

Ceci ne facilitera pas le lancement des jeunes chaînes de franchise de distribution qui n'ont pas encore le pouvoir nécessaire pour faire fabriquer à leur griffe mais qui ont besoin du droit d'imposer une exclusivité d'approvisionnement précisément pour accéder à cette force de groupe.

Il est vrai qu'à ce stade ils ne seront pas sujet à l'application du traité de Rome.

En conclusion, il est regrettable que des incertitudes d'interprétation qui tiennent essentiellement à la lourdeur et à l'imprécision de la rédaction puissent amener à d'éventuels contentieux. Il est vraisemblable que la rédaction s'affinera après l'examen des différents états membres.

Le droit de la franchise va néanmoins, continuer d'acquérir ses lettres de noblesse, et accentuer son autonomie.

Olivier GASTÉ

Avocats à la Cour de Paris
Cabinet GAST-DOUET

Avant-projet de règlement d'exemption par catégorie des accords de franchise

La Commission des communautés européennes

Vu le traité instituant la Communauté économique européenne, vu le règlement (C.E.E.) n° 19/65 du Conseil du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, et en particulier son article 1, après publication du projet de règlement, après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, considérant ce qui suit :

(1) Conformément au règlement (C.E.E.) n° 19/65, la Commission est compétente pour appliquer par voie de règlement l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords exclusifs bilatéraux tombant sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, qui soit ont pour objet la distribution ou l'achat exclusif de biens, soit comportent des restrictions imposées en rapport avec l'acquisition ou l'utilisation de droits de propriété industrielle.

(2) Les accords de franchise consistent essentiellement en des licences de droits de propriété incorporelle

R.