droit de la franchise

La clause d'exclusivité territoriale est-elle essentielle au contrat de franchise

L'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes rendu le 28 janvier 1986 dans l'affaire PRONUPTIA a bousculé la doctrine française. La C.J.C.E. a rappelé que la franchise « n'est pas un mode de distribution, mais une manière d'exploiter financièrement un ensemble de connaissance ».

Aucun auteur français n'a encore décliné les conséquences de cet attendu. Pourtant, nous nous sommes toujours étonné que les juristes français confondant concession et franchise (1) aient essayé d'appliquer à la franchise le régime juridique de la concession, ce qui leur faisait dire et écrire logiquement que la franchise était un système de distribution.

Or, universellement, la franchise est considérée comme un « produit financier » (2).

Il semblerait que les magistrats européens, pour rectifier le cap et, certes influencés par le lobbing américain, aient justifié leur décision en introduisant le principe américain de la « règle de raison » (3), permettant ainsi de créer autour du concept de la franchise un « havre de grâce » juridique échappant aux réglementations traditionnelles car, « *per se* », on considère la franchise comme devant être sauvegardée en tant que système bon pour l'entreprise et pour la création d'emploi.

Nous nous sommes toujours battus pour que la franchise soit considérée comme un produit financier et non comme un système de distribution (4).

Cette approche est importante dans la mesure où les rapports de force existant dans le monde de la franchise actuellement vont vers une tentative de réglementation.

Inutile de s'étonner que le projet de normes AFNOR soit tombé dans les « oubliettes » (5). En effet, les auteurs étaient de ceux qui considéraient la franchise comme un système de distribution et en conséquence, ils ne purent éviter les pièges de la contradiction.

En effet, puisque la franchise est un système de distribution et qu'il fallait réglementer le contrat de franchise, comment réglementer ce contrat sans avoir à appréhender *tous* ses aspects juridiques, et éviter ainsi une tâche colossale ? L'issue par laquelle les auteurs du projet de norme ont cru pouvoir s'échapper, était de procéder à une analyse du contrat de franchise qui élude certaines difficultés inhérentes aux relations franchiseur-franchisé et en revanche, saisir des situations non spécifiques de la franchise.

Par exemple, les auteurs du projet de norme ont par définition éliminé les difficultés liées au droit de la concurrence (6). Ils ne pouvaient aller que vers l'enlisement !

En revanche, s'ils avaient considéré la franchise comme un « produit financier », ils auraient pu sereinement définir les dangers de la franchise, et suivant les exemples américains, japonais, australiens, canadiens, calquer les normes AFNOR sur une protection préventive du candidat franchisé, comme la C.O.B. (Commission des Opérations de Bourse) contrôle que toute société désirant entrer sur le marché boursier affiche « patte blanche » (7) (8).

Là se trouve le véritable point faible de la franchise : tromper un candidat franchisé par un discours trop souvent idyllique.

Ceci étant dit, une des conséquences, importante pour la pratique, de l'arrêt PRONUPTIA est la remise en cause des clauses d'exclusivité territoriale dans les contrats de franchise. Oui, mais une certaine doctrine en France (celle précisément qui comprend la franchise comme un système de distribution et confondant franchise et concession), considère la clause d'exclusivité territoriale comme une clause essentielle du contrat de franchise (9).

---

(1) Voir Lamy Commercial numéro 2472.

(2) USA (Loi Full disclosure)
Japon
Australie (Un projet de loi est en train d'être voté).
Canada (Etat d'Alberta).

(3) Gazette du Palais, (20 septembre 1986) « La franchise, la confiance et la raison »-Thieffry.

(4) — Olivier Gast « Comment négocier une franchise »
(Editions de l'Usine Nouvelle 1983)
— Com 1982 Olivier Gast « Aperçu général de la loi américaine sur le franchising ».

(5) Projet de franchise 220.000. Enquête probatoire AFNOR numéro 3057.

(6) « Nouvelles approches de la franchise commerciale » J. M. Leloup - J.C.P. Commerce et Industrie - Cahier de Droit de l'entreprise 25 juin 1986 numéro 27.

(7) Voir en ce sens le projet de proposition de loi sur la franchise, Gast et Douet, Petites Affiches numéro 49 du 24 avril 1985.

(8) N'y a-t-il pas lieu de s'interroger sur ce projet de normalité d'un contrat commercial ? N'y a-t-il pas confusion, n'est-ce pas le rôle du législateur de légiférer ? L'AFNOR n'abuse t-elle pas de ses droits ?

26.

La question posée est alors la suivante :

La clause d'exclusivité territoriale aux termes de laquelle le franchiseur concède au franchisé le droit exclusif d'exploiter la franchise, objet du contrat, dans une zone géographique déterminée et s'engage à ne pas s'implanter lui-même et n'autorise aucun autre franchisé à s'implanter dans ladite zone, est-elle une stipulation essentielle d'un contrat de franchise ?

Il s'agit donc de savoir si l'absence d'exclusivité territoriale dans un contrat de franchise est de nature à affecter sa validité ou au moins sa qualification.

La réponse à apporter à cette question invite à s'interroger sur la définition même du contrat de franchise (I). Argument sera aussi visé du régime juridique de la clause d'exclusivité territoriale en droit français et en droit européen (II).

I. La définition du contrat de franchise

a) Le contrat de franchise est un contrat *innomé* (leçons de droit civil, T3, 2e vol Mazeaud par de Juglart, 6e éd n. 748). Il est dépourvu de définition légale.

Ce contrat a seulement fait l'objet d'un arrêté de francisation en date du 29.11.1973 (*J.O.* 3/1/74) qui en donne la définition suivante : « contrat par lequel une entreprise concède à des entreprises indépendantes, en contrepartie d'une redevance, le droit de se présenter sous sa raison sociale et sa marque pour vendre des produits et services. Ce contrat s'accompagne généralement d'une assistance technique ». En l'absence de texte, il convient de rechercher dans la jurisprudence et dans la doctrine des éléments de définition.

b) La jurisprudence

1) La jurisprudence *française* n'a eu que de rares occasions de se prononcer sur les éléments constitutifs du contrat de franchise.

Si l'on met à part un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 28 avril 1978 qui, dans la définition qu'il donne du contrat, mentionne l'octroi au franchisé d'une exclusivité, sans toutefois évoquer sa délimitation territoriale :

Arrêt du 28 avril 1978

« Considérant que le franchising se définit comme une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première, propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connus, de sigles, symboles, marques de fabrique, de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir-faire particulier, met à la disposition de l'autre le droit d'utiliser, moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques, pour l'exploiter obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, mises au point et périodiquement recyclées, d'une manière exclusive, afin de réaliser un meilleur impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées ; que ce contrat peut être assorti d'une aide industrielle, commerciale ou financière permettant l'intégration dans l'activité commerciale du concédant franchiseur ou d'un certain contrôle du franchiseur à l'égard du franchisé initié à une technique originale et à un savoir-faire hors du commun, permettant le maintien de l'image de marque du service ou du produit vendu et le développement de la clientèle à moindre coût et avec une plus grande rentabilité pour les deux parties, qui conservent juridiquement une indépendance totale. »

Les différentes décisions rendues à ce jour ne mentionnent nullement la nécessité d'une exclusivité territoriale :

Arrêt de Colmar, 9 juin 1982

« Considérant qu'un contrat de franchise doit comporter la mise à la disposition du franchisé par le franchiseur d'un nom commercial, de sigles et symboles, d'une marque, ainsi que d'un savoir-faire et d'une collection de produits et services offerts d'une manière originale et spécifique, et exploités suivant des techniques commerciales uniformes préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées. »

Ou même l'excluent expressément :

— Cour d'appel de Paris 10 mars 1978 (C.D.E. 1978.6) confirmé par Cour cass. Ch. Com. 28 janvier 1980 (*J.C.P.* 1981 II 19533).

On relèvera au passage que les différentes décisions citées par une doctrine minoritaire comme consa crant la nécessité d'une exclusivit territoriale dans le contrat de fran chise, concernant en réalité de contrats de *concession* (ex Trib. Con Paris 4/8/76 ; Cass. Com. 29/11/83) C Lamy commercial numéro 3513.

2) la jurisprudence *communau taire*

La Cour de justice des Communau tés européennes a eu à connaît récemment du contrat de franchis dans l'affaire PRONUPTIA (af 161/84, C.J. 28 janvier 1986). La déf nition qu'elle y donne du contrat d franchise ne mentionne pas l'octr au franchisé d'une exclusivité territ riale : « ... les contrats de franchis de distribution en vertu desquels franchisé se borne à vendre certain produits dans un magasin qui por l'enseigne du franchiseur (a 13)... ». « Dans un système de franch ses de distribution tel que celui-l une entreprise, qui s'est installe dans un marché comme distributeu et qui a ainsi pu mettre au point u ensemble de méthodes commerciale accorde, moyennant rémunération, des commerçants indépendants, possibilité de s'établir dans d'autre marchés en utilisant son enseigne les méthodes commerciales qui o fait son succès. Plutôt que d'un mod de distribution, il s'agit d'ur manière d'exploiter financièremen sans engager de capitaux propre un ensemble de connaissance.

Ce système ouvre par ailleurs à de commerçants, dépourvus de l'exp rience nécessaire, l'accès à de méthodes qu'ils n'auraient pu acqu rir qu'après de longs efforts recherche et les fait profiter de réputation du signe. Les contrats franchise de distribution se différe cient en cela des contrats de conce sion de vente ou de ceux liant de revendeurs agréés dans un systèn de distribution sélective qui comportent ni utilisation d'une mên enseigne, ni application de méthod commerciales uniformes, ni pai ment de redevances en contrepart des avantages consentis. Un tel sy tème, qui permet au franchiseur tirer partie de sa réussite, ne por pas atteinte en soi à la concurrence

L'exclusivité territoriale, comn on le verra plus loin, est même jug par la cour comme étant d'une licéi douteuse au regard de l'article 85 du traité de Rome (attendu 24 s).

On citera dans le même sens u réponse de la Commission d Communautés européennes à u question écrite parlementaire :

Le franchising ou franchisa auquel se réfère l'honorable parl mentaire est une technique comme

(9) *Lamy Commercial numéro 3513.*

ciale qui recouvre différentes formes de coopération entre entreprises indépendantes. Originaire des Etats-Unis, il connaît un certain développement dans les Etats membres.

D'une manière générale, on peut considérer que le franchising implique la conclusion d'accord entre une entreprise franchisante, d'une part et une ou plusieurs entreprises franchisées, d'autre part. La première met à la disposition de la seconde soit son nom commercial, soit ses sigles ou symboles soit encore, par exemple, sa marque de fabrique, de commerce ou de service ainsi que son savoir-faire et ceci dans le but de lui permettre d'offrir des produits ou des services d'une manière originale et suivant des techniques commerciales spécifiques.

Ces accords dont il est difficle de donner une définition précise, présentent à la fois certaines caractéristiques des contrats de distribution et des contrats de licences de droit de propriété industrielle et commerciale.

Leur appréciation au regard des règles de concurrence du traité C.E.E. dépend moins de leur dénomination ou de leur forme que de leur portée et de leur contexte économique. Elle diffère notamment suivant que ces accords sont ou non susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire et qu'ils comportent *éventuellement des clauses restrictives* comme par exemple celles de licence exclusive, d'approvisionnement exclusif, de *délimitation territoriale*, de prix imposés, de non-concurrence ou de sélection des franchisés. En tant que telles ces différentes clauses ont fait l'objet d'un nombre assez important de décisions de la Commission et d'arrêts de la Cour de justice qui précisent à suffisance leur situation juridique au regard de l'article 85, paragraphes 1 et 3.

Dans l'état actuel du développement des accords de franchisage à l'intérieur de la Communauté, il ne paraît pas approprié de procéder, pour le moment, à la publication d'une communication de portée générale ayant pour objet de clarifier l'application des règles de concurrence à leur égard, à l'instar des communications publiées par la Commission concernant notamment les accords de coopération, les accords de sous-traitance ou les accords d'importance mineure.

La Commission suit toutefois avec intérêt les efforts déployés par certaines associations professionnelles dans le but d'harmoniser le contenu des accords de franchisage qui ne tombent pas dans le champ d'application des règles de concurrence, tels qu'ils se concrétisent notamment dans le code de déontologie européen de la franchise qui vient d'être adopté par la Fédération européenne du franchisage (J.O.C.E. Luxembourg n° C 131, 2 juin 1980, pp. 33-34).

c) La doctrine

Une doctrine quasi unanime juge l'exclusivité territoriale comme un élément non caractéristique du contrat de franchise : J. Azema note sous Ch Com 28/1/1980 (Jurisclasseur 81 II. 19533).

« La situation est toute autre en ce qui concerne le franchisé. Tout d'abord, on remarquera que l'exclusivité territoriale dont il bénéficie souvent ne constitue nullement un trait caractéristique du contrat qui peut parfaitement se concevoir sans exclusivité. Tel était précisément le cas en l'espèce et la Cour d'appel n'avait d'ailleurs pas manqué de relever que les fleuristes INTERFLORA ne bénéficiaient d'aucune exclusivité géographique. En revanche, la licence de marque jointe à la fourniture par le franchiseur au franchisé d'un savoir-faire et d'une assistance commerciale nous paraissent constituer les éléments essentiels de la construction juridique ».

(Voir aussi Guyon, Droit des affaires, tome 1, 4e édition n° 835 - Plaisant, jurisclasseur Marques Fasc.F13A 1984 n° 51s - Burst et Chavanne, Droit de la propriété industrielle, Dalloz n° 771).

d) Divers

Enfin, on peut citer le projet de norme AFNOR dans lequel il apparaît très nettement, non seulement que l'exclusivité territoriale est une stipulation tout à fait facultative, mais aussi qu'elle ne doit être aménagée que « dans les limites compatibles avec le droit de la concurrence ». Voir point 3.2.2.2.3.

Comme il a été énoncé en introduction, en effet, la licéité même de la clause d'exclusivité territoriale est douteuse.

II. Le régime de la clause d'exclusivité territoriale en droit français et européen de la concurrence.

C'est le droit européen de la concurrence qui, le premier, s'est intéressé à l'exclusivité territoriale.

a) Droit européen de la concurrence (art. 85 et 86 du Traité de Rome).

L'exclusivité territoriale stipulée dans un contrat de distribution est très généralement jugée restrictive de concurrence au sens de l'article 85 paragraphe 1 du Traité C.E.E.

Elle est condamnée lorsqu'elle emporte une protection territoriale *absolue* du distributeur (Grunding aff 56 et 58/64, C.J.C.E. 13.7, Rec. 1966. 429 - Miller International aff 19/77, C.J.C.E. 1.2.78, Rec 1978.131 - Theals Watts aff 28/77, C.J.C.E. 28/6/78, rec 1978, 1391, etc.).

Elle est aussi jugée contraire à l'article 85 paragraphe 1 lorsqu'elle emporte une protection territoriale *simple* du distributeur (engagement du concédant de ne pas s'implanter lui-même dans la zone concédée et de n'autoriser aucun autre distributeur à s'implanter dans ladite zone). (V. Grunding op. cit - Duro Dyne - Europair, J.O.C.E. n° L29 du 3/2/75 - Junghans, J.O.C.E. n° L30 du 2/2/77. *En matière de franchise : PRONUPTIA op. cit, att 24 s.*

L'exclusivité territoriale simple peut toutefois bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article 85 paragraphe 3 du Traité C.E.E. Mais le contrat doit alors être notifié à la Commission des Communautés Européennes. Le contrat de franchise n'a pas encore fait, en effet, l'objet d'un règlement d'exemption par catégories qui dispenserait les entreprises de l'obligation de notifier leurs contrats. Or, la Cour de justice dans l'arrêt PRONUPTIA, a déclaré que le règlement n° 67/67 concernant les contrats de concession exclusive n'était pas applicable au contrat de franchise (att 28 s). La même solution doit donc être admise *a fortiori* pour les règlements, qui ont remplacé le règlement n° 67/67, à savoir les règlements n° 1984/83 et 1983/83 du 22 juin 1983.

En conséquence, un contrat de franchise qui comporterait une clause d'exclusivité territoriale et auquel le droit européen de la concurrence serait déclaré applicable, ne pourrait être exempté que par le moyen d'une notification préalable à la Commission des C.E.

Douteuse en droit européen, la licéité de la clause d'exclusivité territoriale l'est aussi en droit français de la concurrence.

b) Droit français de la concurrence (art. 50 et 51 de l'ordonnance n° 45 - 1483 du 30 juin 1945).

A l'instar de la jusrisprudence communautaire, la Commission

28.

condamne les clauses qui réalisent un partage territorial du marché : FIORIO (avis du 8.11.1974) ; Détenteurs de bancs bee line (avis du 17.12.1976) ; marché des appareils électroménagers et électroacoustiques (avis du 27.09.1979). Cette solution est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui estime que le fait d'accorder une concession de vente conférant au concessionnaire une protection territoriale absolue aboutit à supprimer toute concurrence dans le secteur considéré et procède en conséquence « d'une limitation volontaire de la concurrence que condamne la législation économique ». (Cass. Comm 21.03.1972, *J.C.P.* 1972. II. 17221).

En conséquence, il est très problable qu'une répartition géographique trop rigide du marché entre les membres d'un réseau de franchise ferait tomber les contrats sous le coup de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945. Les contrats ne pourraient alors échapper à l'interdiction qu'en justifiant de leurs titres au regard de l'article 51 de la même ordonnance : démontrer que les contrats « ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ».

Il est possible de conclure que :

1) la clause d'exclusivité territoriale n'est pas un élément essentiel du contrat de franchise.

2) la stipulation d'une exclusivité territoriale dans les contrats de franchise est de nature à rendre les contrats incompatibles avec l'article 85 du Traité de Rome et l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945, au moins si cette exclusivité réalise un partage géographique rigide du marché entre les franchisés.

3) économiquement, le découpage territorial entre les franchisés est souvent source de litige entre le franchiseur et les franchisés. La suppression de la clause d'exclusivité territoriale stimulant les franchisés entre eux, les rend plus dynamiques et performants.

Le franchiseur ne se cantonne plus qu'à arbitrer les zones d'influence et faire respecter une saine moralité dans le réseau.

Nombre de franchiseurs n'accordent pas d'exclusivité territoriale à leur franchisé, il s'agit donc déjà d'une pratique courante.

Maître Olivier GAST

Cabinet Gast

Revue des revues

Jean-Louis BERGEL
« Informatique et légistique », Recueil Dalloz, D., *1987-171.*

Yves SAINT-JOURS
« Les options économiques de la jurisprudence sociale », D., *1987-178.*

Danielle MAYER
« Une mise en liberté d'office due à une erreur de manipulation c télécopie », note sous Cass. crim., 20 janvier 1987, D.,*1987-392.*

Jean-Claude GROSLIERE
« Divorce : procédure » D., somm.,*1987-273.*

Philippe COLIN
« Le projet de loi sur le développement et la transmission des entreprise. exposé des motifs et texte du projet de loi ; la fiscalité des transmissioı d'entreprises », Les Petites-Affiches, *n° 75, 24 juin 1987, n° 76, 26 ju. 1987.*

Jocelyne VALLANSAN
« La cession d'entreprise », Les Petites-Affiches, *n° 72, 17 juin 1987, n° 7 19 juin 1987 ; n° 75, 24 juin 1987 ; n° 76, 26 juin 1987.*

Thierry LAMBERT
« La taxation d'après les éléments du train de vie : l'application c l'article 168 du Code général des impôts », Le Quotidien Juridique, *n° 7 25 juin 1987.*

Gérard ROUSSEAU
« La vision fiscale de l'activité industrielle et commerciale », Rev. Jurisp com. *(6, rue de Mézières, 75006 Paris), p. 161, n° 6, juin 1987.*

Françoise CHERCHOULY
Sicard, « Société anonyme, responsabilité du président du conseil d'adm nistration, article 244, loi du 24 juillet 1966, faute de gestion, oui, actic individuelle, non », note sous Cass. Com., 4 mars 1986, Rev. Jurisp Com., *1987-169.*

Christian LOUIT
« Chronique de jurisprudence fiscale », Rev. fr. Compta. *(109, Bld. Male herbes, 75008 Paris), p. 21, n° 180, juin 1987.*

Monique PINELLO
« La transmission à titre gratuit d'une exploitation agricole familiale Rev. fr. compta., *p. 63, n° 180, juin 1987.*

Chantal NEROT
« Les contrats de franchise, débat organisé par l'A.F.F.I.C. avec M. Bâtonnier Jean-Marie Leloup et Maître Jean Thréard sous la présidence c Messieurs Grandjean et Pourquié » Les Petites-Affiches, *n° 76, 26 jui 1987.*

Ouvrage

Alfredo MORLES HERNANDEZ
« Curso de Derecho Commercial », 2e édition, 3 volumes (1358 pages Editions de l'Université Catholique Andres Bello *(Centro Profesion Urdaneta, Piso 9 ofc. 9-C, Pelota a Ibarras, Avenida Urdaneta, Car cas 1010), juin 1987.*

Numéro hors série. — *« Agir et gagner en bourse », éditorial de M. Bernar Grasseau, préface de M. Edouard Balladur ; au sommaire, notamment, « rôle de la bourse », « les Bourses françaises et étrangères », « les acteurs d marché financier », « la Bourse et ses marchés », « les techniques d marché », « comment acheter ses actions », « la Bourse et l'impôt », « lis des agents de change », « lexique boursier », 146 pages ; 35 F,* Journal de Finances *(122, rue Réaumur, 75002 Paris), mai 1987.*

Traité en forme d'aide-mémoire. — *Jean Clara et coauteurs « Aide-mémoi de la pratique de l'expertise judiciaire », sur feuilles mobiles,* Publicatio de la compagnie nationale des experts judiciaires en comptabilité *(57 bi avenue Saint-Maur, 59110 La Madeleine), 1987.*

Monographie
« La rupture du contrat de travail : licenciement individuel, licenciemei collectif, démission », Revue Fiduciaire *(54, rue de Chabrol, 75010 Paris 234 pages ; 80 F, n° 721, juin 1987.*