



## droit de la franchise

### Les contrats d'approvisionnement exclusif français seront-ils enfin concurrentiels ?

Telle est la question posée par l'arrêt du 21 septembre 1989 de la section B de la 4<sup>e</sup> chambre de la Cour d'appel de Paris.

L'apport essentiel de cet arrêt est en effet de réfuter l'applicabilité des articles 1129 et 1591 du Code civil, et plus encore de l'interprétation extensive qu'en a fait la jurisprudence relativement au problème de la détermination du prix, aux contrats de franchise.

Ledit arrêt reprend en effet avec une courageuse persévérance la solution donnée, pour un contrat quasiment identique, par la section A de cette même chambre et qui fut cassée par la suite.

(Paris, 13 nov. 1984, S.A. Natalys c/ Himbert; Cass. com. 12 janv. 1988).

Faut-il y voir les prémisses d'un revirement jurisprudentiel pour l'ensemble des contrats d'approvisionnement exclusif, ou bien une décision isolée contre laquelle on ignore du reste, s'il a été formé ou non un pourvoi en cassation ?

La cour avait tout d'abord à s'interroger sur la recevabilité de la demande de la franchisee alors que le contrat avait été signé depuis plus de 10 ans.

Sur ce point, la cour reprend une jurisprudence ancienne selon laquelle une vente nulle pour défaut de prix est dépourvue d'existence légale et se prescrit donc par 30 ans.

A cela, la cour ajoute que s'agissant d'un contrat qui se renouvelait par tacite reconduction, l'action introduite par M<sup>me</sup> Mourat, le 25 juillet 1986, s'inscrivait dans le délai quinquennal de l'article 1304, puisque le contrat avait été reconduit le 16 juin 1985.

Le rappel de la jurisprudence traditionnelle selon laquelle l'indétermination du prix prive le contrat d'objet et par là d'existence légale ne semble cependant pas hasardeuse, lorsqu'on le rapproche des motivations de l'arrêt sur le fond.

L'examen de la recevabilité de l'action permet en effet aux magistrats de la Cour d'appel de Paris de remettre en cause, sans encore nettement la contredire, une interprétation doctrinale monolithique selon laquelle la détermination du prix dans les contrats est un moyen de préserver la partie la plus faible de l'arbitraire du plus fort et relèverait donc de l'ordre public de protection.

Ainsi, avant de se pencher sur les problèmes propres au droit de la concurrence et au droit de la franchise, la Cour d'appel de Paris affirme que de par sa nature, le contrat de franchise de distribution n'est pas soumis aux obligations de détermination du prix et de l'objet édictées par les articles 1129 et 1591 du Code civil.

I. La soumission des contrats d'approvisionnement exclusif au principe de la détermination du prix ou du moins de sa déterminabilité objective du prix à partir des stipulations contractuelles n'est pas nouvelle. Nous ne reviendrons pas sur la jurisprudence relative aux pompistes de marque et aux contrats de bière, la formule ayant été généralisée (Cass. cour 14 juin 1988, D. 1989, 89).

C'est ce principe même que contestent les magistrats de la 4<sup>e</sup> chambre de la Cour d'appel de Paris.

La cour énumère les obligations réciproques des parties au contrat de franchise et constate qu'il ne s'agit pas d'un contrat de vente successif, mais d'un contrat complexe comportant des obligations de faire synallagmatiques.

Il est certain que la jurisprudence française qui impose la détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif est atypique, et ceci particulièrement au regard des droits anglo-saxons qui admettent que le prix ne soit pas strictement déterminé lors de la conclusion de ce type de contrats.

Du reste, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> janvier 1988, prévoit dans son article 55 qu'en l'absence de prix expressément déterminé, les parties sont censées s'être tacitement référées « au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche considérée pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables ».

Nous avons vu qu'une partie de la doctrine considérait que la jurisprudence relative à l'article 1129 du Code civil avait pour but la protection de la partie la plus faible.

En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de franchise. Plutôt que de permettre à un franchisé d'obtenir l'annulation d'un contrat qui ne lui convient plus, il était préférable de prévoir à son profit un système préventif de protection lors de la formation du contrat.

C'est ce qu'a fait la loi du 31 décembre 1989 qui prévoit une obligation préalable d'information à la charge du franchiseur et de toute autre personne qui met sa marque à la disposition du cocontractant en exigeant de lui un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité.

En effet, d'un point de vue économique, la détermination préalable du prix concernant des contrats d'approvisionnement exclusif est dangereuse pour le franchiseur. L'évolution au cours du marché n'est en effet pas toujours prévisible et une adaptation équitable des données économi-

57.

ques du contrat est indispensable à la sauvegarde du réseau.

En tout état de cause, le Doyen Loussouarn précisait à juste titre que l'obligation de détermination préalable du prix ne se justifie que lorsque le contrat emporte une obligation de donner, et la cour a bien indiqué que le contrat de franchise de distribution prévoyait des obligations de faire réciproques sans compter que c'est ériger en condition de formation du contrat des règles qui ne concernent que l'exécution du contrat de franchise que d'imposer la détermination du prix lors de l'établissement du contrat.

Il est donc possible et souhaitable que l'arrêt de la 4<sup>e</sup> chambre civile de la Cour d'appel de Paris soit l'amorce d'un revirement jurisprudentiel sur l'application de l'article 1129 du Code civil aux contrats de franchise, voire aux contrats d'approvisionnement exclusif.

Quant à la quotité de la chose, elle n'avait pas davantage à être déterminée préalablement.

Comme le prix, elle était déterminable ponctuellement.

En effet, dès lors que le prix se détermine de manière objective chaque année, l'engagement d'acheter chaque année un stock d'une valeur au moins égale à 70 % du chiffre d'affaires de l'année précédente sera défini annuellement.

II. Le premier commentateur de cet arrêt semblait douter de la validité du contrat en cause au regard du droit de la franchise et du droit de la concurrence.

La clause de non-concurrence était limitée dans son objet, son étendue et sa durée, et elle avait pour corollaire une amélioration des méthodes de distribution dont bénéficie le consommateur.

En outre, point n'est besoin de démontrer la nécessité pour un franchiseur de protéger son réseau contre la concurrence qui ne doit pas être en mesure de profiter, même de manière indirecte, immédiatement d'un savoir-faire dont la dispersion rendrait sa spécificité illusoire.

En effet, aux termes de l'article 1, paragraphe 3 du règlement d'exemption, édicté par la Commission des communautés européennes le 30 novembre 1988 et concernant l'application de l'article 85, alinéa 3 du Traité de Rome à des catégories d'accord de franchise, prévoit que le savoir-faire du franchiseur doit être secret, substantiel et identifié (*in* O. Gast, « Les Procédures Européennes du Droit de la Concurrence et de la Franchise », *Editions Jupiter*).

La clause de non-concurrence préserve sans nul doute le caractère secret du savoir-faire.

Ledit savoir-faire doit notamment, pour être substantiel, selon le règlement d'exemption précité, donner des informations sur la présentation des produits à la vente, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière.

Il est évident que dans un contrat de franchises de distribution, le franchiseur instruit le franchisé sur la présentation des produits, sur les relations avec la clientèle et Natalys offrait, en outre, des informations en matière commerciale et comptable.

Il paraît donc établi que les franchisés qui bénéficiaient en outre d'une enseigne puissante se trouvaient dans une position concurrentielle avantageuse par rapport au commerce de détail.

L'arrêt commenté considère à juste titre que s'agissant d'un contrat formé en 1973, l'identification du savoir-faire ne pouvait à cette époque être parfaite et qu'en tout état de cause, Natalys transmettait effectivement à ses franchisés une compétence acquise dans un domaine précis.

On s'étonne dès lors de voir les juristes, éloignés de la pratique des affaires et plus encore de la compétence stratégique, technique et logistique d'un distributeur, douter de l'existence de son savoir-faire.

Le savoir-faire est une succession de détails dont l'ensemble constitue un système. C'est le système qui crée le succès observé.

Pour appréhender scientifiquement une franchise, il faut rentrer dans le détail du système de l'entreprise.

La critique d'un savoir-faire ne peut se faire « vue d'avion ».

Quant à la transmission de ce savoir-faire dont les franchisés bénéficiaient de manière certaine, elle se faisait en pratique de manière linéaire comme l'indique la cour « à l'occasion du stage de 10 jours en début de contrat et avec sa mise à jour lors des deux présentations annuelles de collection ».

Certes, comme l'affirme l'arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre de la Cour d'appel de Paris en date du 10 mars 1989, « le savoir-faire et les modalités de son exécution constituent l'obligation primordiale du franchiseur. Il doit être transmis dès la signature du contrat et permettre au franchisé de le développer immédiatement ».

C'est la raison pour laquelle les franchiseurs doivent désormais formaliser leur savoir-faire dans un manuel opératoire ou « Bible » selon l'expression de la pratique.

Sur ce point, nous ne disconvienons donc pas de ce que le franchiseur n'était pas exempt de tout reproche.

Enfin, la franchisée alléguait la nullité de la clause d'exclusivité qui selon elle aurait fait obstacle aux importations parallèles. Cependant, et contrairement à ce que suggère le premier commentateur de cet arrêt, même si l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 prohibe les ententes qui ont un objet ou peuvent avoir des effets illicites, le Conseil de la concurrence s'attache essentiellement aux effets réels de l'entente.

Le franchisé signataire du contrat ne pouvait prétendre que la clause incriminée avait pour objet de lui interdire de se fournir ou de vendre à d'autres franchisés.

L'objet de ladite clause était d'interdire aux franchisés de se fournir auprès des concurrents et il n'était pas nécessaire d'indiquer que l'approvisionnement était possible auprès d'autres franchisés, car nul n'est censé ignorer la loi. C'eût été renverser la charge de la preuve que de prétendre le contraire.

En définitive, l'apport essentiel de cet arrêt réside dans sa négation de l'applicabilité de l'article 1129 du Code civil tel qu'interprété par la jurisprudence aux contrats de franchise de distribution et par extension aux contrats d'approvisionnement exclusif. Les contrats français de ce type pourraient ainsi enfin aborder sous une meilleure augure la concurrence internationale qui se fait pressante.

**Olivier GAST**

*Avocat à la cour*