



Conférence  
MEREDITH  
Lectures  
1992

**McGill**  
**Faculty of Law / Faculté de droit**

3644, Peel  
Montréal (Québec)

**ORGANIZING COMMITTEE / COMITÉ D'ORGANISATION**

Le professeur Pierre-Gabriel Jobin, président  
Le doyen Yves-Marie Morissette  
Professor Julius H. Grey  
Professor Cally Jordan  
M<sup>me</sup> Marie-Hélène Di Lauro

**ADVISORY COMMITTEE / COMITÉ CONSULTATIF**

Mr. Alexander S. Konigsberg, Q.C.  
Professor William Tetley, Q.C.  
Me Jean H. Gagnon  
Mr. Frank Zaid  
Mr. Richard Golick

**Editors/ Rédacteurs**

M. Philippe Denault  
Ms. Loretta Colton

Conférence  
**MEREDITH**  
Lectures  
1992

---

Le franchisage

Franchising

---

Faculty of Law, McGill University  
Faculté de droit, Université McGill

 **LES ÉDITIONS**  
**YVON BLAIS INC.**

C.P. 180 Cowansville (Québec) Canada J2K 3H6  
Tél.: (514) 263-1086 Fax: (514) 263-9256

## Table of Contents/Table des matières

### Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

Le franchisage

(Conférence Meredith = Meredith Lectures ; 1992)

«Faculty of Law, McGill University = Faculté de droit, Université McGill».

Textes en anglais et en français.

Comprend des réf. bibliogr.

ISBN 2-89073-889-2

1. Concessions (Commerce de détail) - Droit - Québec (Province) - Congrès. 2. Concessions (Commerce de détail) - Droit - Congrès. 3. Contrats d'adhésion - Québec (Province) - Congrès. 4. Concessions (Commerce de détail) - Québec (Province) - Finances - Congrès. I. Denault, Philippe. II. Colton, Loretta. III. McGill University. Faculty of Law. IV. Titre: Franchising. V. Collection: Conférence Meredith / la Faculté de droit de l'Université McGill = Meredith Lectures / the Faculty of Law, McGill University ; 1992).

KEQ563.A66 1992

343.714'0887

C93-096988-XF

### Canadian Cataloguing in Publication Data

Main entry under title :

Le Franchisage

(Conférence Meredith = Meredith Lectures ; 1992)

"Faculty of Law, McGill University = Faculté de droit, Université McGill".

Texts in English and French.

Includes bibliographical references.

ISBN 2-89073-889-2

1. Franchises (Retail trade) - Law and legislation - Quebec (Province) - Congresses. 2. Franchises (Retail trade) - Law and legislation - Congresses. 3. Standardized terms of contract - Quebec (Province) - Congresses. 4. Franchises (Retail trade) - Quebec (Province) - Finance - Congresses. I. Denault, Philippe. II. Colton, Loretta. III. McGill University. Faculty of Law. IV. Title: Franchising. V. Serie: Conférence Meredith / la Faculté de droit de l'Université McGill = Meredith Lectures / the Faculty of Law, McGill University ; 1992.

KEQ563.A66 1992

343.714'0887

C93-096988-XE

© Faculty of Law, McGill University, 1993

Published by / Publié par

Les Éditions Yvon Blais Inc.

Legal Deposit: 3rd trimester 1993

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

ISBN: 2-89073-889-2

Preface

*Yves-Marie Morissette* . . . . . iii

Présentation

*Bernard Roy* . . . . . v

Overview of Franchising

*Frank Zaid* . . . . . 1

### I. FRANCHISE CONTRACTS/CONTRATS DE FRANCHISAGE

1. Development Agreements and Master Franchise Agreements  
*Alex S. Konigsberg, Q.C.* . . . . . 33

2. Contrats types de franchisage  
*Louise Gagné* . . . . . 71

### II. LEGISLATION CONCERNING FRANCHISING/ LÉGISLATION CONCERNANT LE FRANCHISAGE

3. Le franchisage dans les industries de services et dans les professions  
*Jean H. Gagnon* . . . . . 87

4. Aperçu de quelques lois concernant la propriété intellectuelle et l'impact de celles-ci sur le franchisage  
*Hugues G. Richard et Barry Gamache* . . . . . 123

5. Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion  
*Adrian Popovici* . . . . . 137

### III. INTERNATIONAL FRANCHISING/LE FRANCHISAGE INTERNATIONAL

6. Droit européen - Législation française  
*Olivier Gast* . . . . . 163

7. Franchising in the U.S.: An Overview of the Regulatory Framework  
*Philip F. Zeidman* . . . . . 217

IV. FINANCING, SECURITY, INSOLVENCY/FINANCEMENT, SURETÉS, INSOLVABILITÉ	
8. Le financement en franchisage <i>Jean J. Bourret</i> . . . . .	.241
9. - The Secured Franchisor - Dealing With Competing Secured Claims and the Franchisee's Insolvency <i>Derrick Tay</i> . . . . .	.265
V. REAL ESTATE LAW/DROIT IMMOBILIER	
10. Leasing Aspects of the Franchise Relationship <i>Arthur J. Trebilcock</i> . . . . .	.285
11. Franchisage et droit immobilier <i>Paul-André Mathieu</i> . . . . .	.317
VI. ACCOUNTING - TAX LAW/COMPTABILITÉ - DROIT FISCAL	
12. Le franchisage: comptabilité et droit fiscal <i>Paul Jutras</i> . . . . .	.347
VII. LITIGATION/CONTENTIEUX	
13. Réflexions sur certains aspects litigieux en matière de contrat de franchise <i>Pierre Martel</i> . . . . .	.367
14. Franchise Litigation <i>Edward N. Levitt</i> . . . . .	.387
15. Unconscionability, Implied Terms, and Good Faith <i>S.M. Waddams</i> . . . . .	.415

# 6

## DROIT EUROPÉEN - LÉGISLATION FRANÇAISE

*Olivier Gast\**

### Plan

1.	Introduction . . . . .	167
2.	Le règlement d'exemption par catégorie des accords de franchise . . . . .	167
2.1	Contenu du contrat de franchise exempté . . . . .	169
2.1.1	Les clauses contractuelles obligatoires dans le but de l'exemption . . . . .	170
2.1.1.1	Les livraisons croisées . . . . .	170
2.1.1.2	L'obligation relative à la garantie . . . . .	170
2.1.1.3	Obligation imposée au franchisé d'indiquer son statut . . . . .	170
2.1.2	Les restrictions de concurrence bénéficiant de l'exemption . . . . .	170
2.1.2.1	Les restrictions s'imposant au franchiseur . . . . .	170
2.1.2.2	Les restrictions imposées au franchisé . . . . .	171
2.1.3	Clauses usuelles du contrat de franchise exemptées . . . . .	171
2.1.3.1	Clauses justifiées par la protection de l'identité et de la réputation du réseau . . . . .	171
2.1.3.1.1	Les produits vendus ou utilisés par le franchisé . . . . .	171
2.1.3.1.2	Clauses justifiées par la protection contre l'éventuelle concurrence déloyale . . . . .	171
2.1.3.2	Clauses justifiées par la protection de l'efficacité du réseau . . . . .	172
2.1.3.2.1	Protection du savoir-faire . . . . .	172

	2.1.3.2.2	Maintien de la qualité du réseau . . .	172
2.2		Conditions d'application de l'exemption et limites de l'article 85-3 du <i>Traité de Rome</i> . . . . .	172
	2.2.1	Les restrictions à la concurrence ne sont admises que lorsqu'elles sont indispensables pour assurer un progrès économique et améliorer la distribution (art. 85.3a) . . . . .	172
	2.2.2	Les restrictions de concurrence ne sont pas admises si elles donnent à des entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence, pour une partie substantielle des produits en cause (art. 85.3 b) . . . . .	173
2.3		Exemptions individuelles et procédure d'opposition . . . . .	173
	2.3.1	L'absence de correspondance entre le Règlement et le contrat . . . . .	173
	2.3.2	L'interférence du réseau avec l'article 8 paragraphe c/ du Règlement d'exemption . . . . .	174
3.		La mise en oeuvre de la Loi Doubin . . . . .	175
	3.1	Les conditions d'application de l'obligation d'information (Qui doit discloser) . . . . .	178
		3.1.1 Le champ d'application de l'obligation d'information . . . . .	178
		3.1.1.1 La mise à disposition de signes de ralliement . . . . .	179
		3.1.1.2 L'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité . . . . .	180
	3.1.2	Les conditions d'exécution de l'obligation d'information . . . . .	182
		3.1.2.1 Conditions de forme . . . . .	182
		3.1.2.2 Délais dans lesquels l'obligation d'information doit être réalisée . . . . .	183
	3.2	Le contenu de l'obligation d'information (Comment discloser) . . . . .	184
		3.2.1 Informations sur l'entreprise du disclosant . . . . .	186
		3.2.1.1 Présentation de l'entreprise du disclosant . . . . .	186
		3.2.1.1.1 Son identité . . . . .	186
		1. Identification de l'entreprise . . . . .	186
		a. Siège, forme juridique, montant du capital . . . . .	186
		b. Marques . . . . .	187
		c. Immatriculation(s) . . . . .	188
		d. Domiciliations bancaires . . . . .	188
		2. Curriculum vitae du chef d'entreprise ou des dirigeants . . . . .	189
		3.2.1.1.2 Son évolution . . . . .	190
		3.2.1.1.3 Ses activités . . . . .	192
		3.2.1.1.4 Le marché . . . . .	193

	1.	L'état du marché . . . . .	193
	2.	Ses perspectives de développement . . . . .	194
		3.2.1.1.5 Ses résultats . . . . .	195
		1. Les sociétés non cotées . . . . .	195
		2. Les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne . . . . .	195
		3.2.1.2 Présentation du réseau d'exploitation du disclosant . . . . .	196
		3.2.1.2.1 Évolution du réseau d'exploitants . . . . .	196
		3.2.1.2.2 Entreprises appartenant au réseau d'exploitants . . . . .	197
		3.2.1.2.3 Entreprises appartenant au réseau en vertu d'un contrat de même nature que celui qui est proposé . . . . .	198
		3.2.1.2.4 Cessation des relations contractuelles . . . . .	199
	3.2.2	Informations sur le projet d'entreprise du disclosé . . . . .	200
		3.2.2.1 Informations juridiques . . . . .	200
		3.2.2.2 Informations financières . . . . .	201
		3.2.2.3 Informations marketing . . . . .	202
		3.2.2.3.1 État local du marché et perspectives de développement . . . . .	202
		3.2.2.3.2 Établissements distribuant les produits ou services objet du contrat proposé dans la zone d'activité du disclosé . . . . .	203
3.3		Les effets de l'obligation d'information (Les sanctions) . . . . .	204
	3.3.1	Les sanctions pénales . . . . .	205
		3.3.1.1 L'absence de document d'information . . . . .	205
		3.3.1.2 La divulgation erronée . . . . .	206
	3.3.2	Les sanctions civiles . . . . .	207
		3.3.2.1 L'absence de divulgation . . . . .	207
		3.3.2.2 La divulgation erronée . . . . .	208
	3.3.3	Conclusion . . . . .	209
4.		Responsabilité du franchiseur et du franchisé à l'égard des tiers . . . . .	209
	4.1	La responsabilité vue par le Conseil des Communautés européennes . . . . .	210
		4.1.1 La Directive n° 85/374 du 25 juillet 1985 . . . . .	210
		4.1.2 Le projet de directive sur la responsabilité du prestataire de services . . . . .	211
	4.2	La question de la responsabilité solidaire du franchiseur et du franchisé . . . . .	213
		Bibliographie . . . . .	215

## 1. Introduction

La franchise a de beaux jours devant elle. Elle a fait l'objet d'une reconnaissance éclatante en droit européen (Règlement d'exemption par catégorie) et est parvenue à maturité en droit interne grâce au cadre juridique de la Loi Doubin.

Plus qu'un simple mode de distribution, la franchise s'inscrit dans une démarche originale qui la place très favorablement dans L'Europe du commerce qui est en train de se construire.

Le Règlement d'exemption par catégorie des accords de franchise intervenu le 28 décembre 1988 est le signe que la Commission des Communautés européennes a compris que le contrat de franchise est un bon instrument économique, appelé à jouer un rôle dynamique dans la distribution (nous l'étudierons dans la partie 2).

Sur le plan interne, le même pragmatisme a prévalu puisque le législateur a préféré une réglementation essentiellement préventive de la franchise à une réglementation sclérosante des rapports franchiseur/franchisé. L'étude de cette loi exemplaire fera l'objet de la partie 3.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que ce type de distribution s'adresse, comme tout autre, à un consommateur. Or, le consommateur fait l'objet d'une protection accrue sur le plan européen, ce qui aboutit à une responsabilité plus large des professionnels de la distribution. Le professionnel ne peut ignorer cette donnée, nous en dirons quelques mots dans une troisième partie.

## 2. Le Règlement d'exemption par catégorie des accords de franchise

La Commission des Communautés européennes a adopté le 28 décembre 1988 un Règlement relatif à l'application à des accords de franchise de l'exemption par catégorie visée par l'article 85-3 du Traité de Rome.

On sait que l'article 85-1 du *Traité de Rome* prohibe les accords et pratiques concertées qui «sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun».

La sanction applicable aux cas de violation de l'article 85-1 est, selon les dispositions de l'article 85-2, que les accords ou décisions interdits sont nuls de plein droit.

Deux réserves doivent toutefois être apportées à cette règle, en vertu de l'application, soit des dispositions de la Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure, soit de celles de l'article 85-3 du *Traité de Rome*.

Tout contrat est en effet *a priori* soumis à l'application des dispositions du *Traité de Rome*. Cependant, en fonction de l'importance du réseau concerné, le contrat peut ou non bénéficier des dispositions de la Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure.

La Direction générale de la Commission de Bruxelles a en effet établi un cadre fixant les limites de l'applicabilité du droit communautaire. Ainsi, tous les accords entre entreprises ne tombent pas sous le coup des règles de concurrence communautaires; pour que ces règles s'appliquent, il est nécessaire que l'accord soit susceptible d'engendrer un trouble à la concurrence sur une partie substantielle du marché commun.

La Commission a défini ces accords dans une Communication du 3 septembre 1986, pour en extraire la règle dite «des minimis».

La Commission retient deux critères pour déterminer si un accord peut être qualifié «d'accord d'importance mineure». Il s'agit :

- de la part de marché des entreprises où l'accord produit ses effets;
- du chiffre d'affaires cumulé des entreprises participant à l'accord.

La Commission estime que les accords entre entreprises de production, de distribution ou de prestation de services ne sont pas frappés par l'interdiction de l'article 85-1 du *Traité de Rome* - qui prohibe les atteintes portées au libre jeu de la concurrence dans le marché commun - :

- lorsque les produits ou services qui font l'objet de l'accord ne représentent pas plus de 5% du marché de l'ensemble de ces produits ou services dans le territoire du marché commun où ces accords produisent leurs effets; et
- lorsque le chiffre d'affaires total réalisé au cours d'un exercice par les entreprises participantes ne dépasse pas 260 millions d'écus (soit environ 1,8 milliard FF). Par chiffre d'affaires total, il faut entendre la somme des chiffres du dernier exercice comprenant l'ensemble des produits et des services réalisés par les entreprises participantes.

La deuxième réserve, préalablement annoncée, est relative à l'application des dispositions de l'article 85-3 à un accord sanctionné sur la base des dispositions de l'article 85-1. Ainsi, des atteintes au libre jeu de la concurrence sont tolérées sur le marché européen dès lors qu'elles ont :

- d'une part, vocation à assurer un progrès économique ou améliorer la distribution;
- et qu'elles réservent, d'autre part, une partie de ces avantages aux consommateurs.

Toutefois, ces restrictions ne doivent jamais avoir pour effet :

- d'éliminer totalement la concurrence;
- ni être imposées à des partenaires commerciaux alors qu'elles ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs visés.

Préalablement à l'adoption du Règlement d'exemption par catégorie, la Commission appréciait, pour chaque cas particulier, si l'accord ou la pratique concertée remplissait bien les quatre conditions fixées par l'article 85-3 du *Traité de Rome*, dans le cadre de décisions individuelles.

L'expérience acquise par la Commission par l'examen des accords qui lui étaient notifiés, ainsi que la nécessité de débloquer les services de la Direction générale de la concurrence de la Commission, à laquelle de plus en plus de contrats étaient notifiés, ont conduit cette dernière à élaborer un cadre général d'application des dispositions de l'article 85-3 à certains contrats de franchise.

C'est dans cet esprit que le Règlement a été élaboré, s'inspirant notamment des solutions dégagées par la Cour de justice dans l'arrêt *Pronuptia*<sup>1</sup>.

Les obligations restrictives de concurrence contenues dans les contrats de franchise sont exemptées tant qu'elles sont nécessaires à la réalisation de l'avantage économique qui en découle (2.1).

En revanche, elles deviennent illicites dans le cas contraire, ou lorsqu'elles ont pour effet d'éliminer la concurrence dans le secteur concerné (2.2).

L'adoption du Règlement n'a toutefois pas fait disparaître les procédures d'exemption individuelle, qu'il est conseillé d'utiliser lorsque le franchiseur n'est pas absolument certain que son contrat rentre dans le champ d'application du Règlement. Le Règlement a également instauré une procédure simplifiée, dite de non-opposition (2.3).

## 2.1 Contenu du contrat de franchise exempté

La Commission considère le contrat de franchise comme un bon instrument économique, jouant un rôle dynamique dans la distribution. C'est pourquoi elle a considéré comme licites les restrictions de concurrence contenues dans le contrat de franchise dès lors que celles-ci sont nécessaires à la mise en oeuvre du contrat, sous réserve que le contrat contienne certaines clauses rendues obligatoires par le Règlement.

1. *Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis Hamburg* (no 161/84) C.J.C.E. (20 janvier 1986).

### 2.1.1 *Les clauses contractuelles obligatoires dans le but de l'exemption*

Le Règlement d'exemption prévoit quelles sont les conditions qui doivent impérativement être réunies pour son application.

Ces conditions sont au nombre de trois. Ainsi, trois clauses doivent impérativement figurer dans le contrat de franchise, alors que la troisième n'est que facultative.

#### 2.1.1.1 *Les livraisons croisées*

L'exemption prévue à l'article 1<sup>er</sup> pourra s'appliquer à condition que le franchisé soit libre d'acheter les produits faisant l'objet de la franchise aux autres franchisés; et à la condition, en cas de distribution parallèle par un autre réseau de distributeurs agréés, qu'il soit libre de s'approvisionner auprès de ceux-ci.

#### 2.1.1.2 *L'obligation relative à la garantie*

Afin que l'exemption soit applicable, il est également nécessaire, si le franchiseur impose au franchisé d'assurer une garantie pour les produits du franchiseur, que 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.

#### 2.1.1.3 *Obligation imposée au franchisé d'indiquer son statut*

Il faudra enfin, dans le but de l'exemption, que le franchisé soit tenu d'indiquer son statut d'entreprise indépendante. La Commission a précisé que cette indication ne doit cependant pas interférer avec l'identité commune du réseau franchisé.

### 2.1.2 *Les restrictions de concurrence bénéficiant de l'exemption*

#### 2.1.2.1 *Les restrictions s'imposant au franchiseur*

Dans le territoire visé au contrat, le franchiseur peut s'obliger à :

- ne pas donner à des tiers le droit d'exploiter toute ou une partie de la franchise;
- ne pas l'exploiter lui-même, ni commercialiser les produits ou services faisant l'objet de la franchise en appliquant une formule similaire;
- ne pas fournir lui-même ses produits à des tiers.

La Commission considère que la protection territoriale, accordée au franchisé, est indispensable pour protéger l'investissement de celui-ci.

#### 2.1.2.2 *Les restrictions imposées au franchisé*

Afin d'établir un réseau cohérent qui s'identifie avec les produits franchisés, il était nécessaire de permettre au franchiseur d'obtenir du franchisé :

- l'engagement de n'exploiter la franchise qu'à partir des locaux visés au contrat;
- l'interdiction de la commercialisation active hors du territoire contractuel;
- l'interdiction de concurrencer les produits du franchiseur.

Concernant le choix des produits, la restriction à la libre concurrence n'est admise que dans les limites de ce qui est indispensable à la satisfaction de l'objectif poursuivi par le contrat de franchise. C'est pourquoi la commission exclut cette obligation en ce qui concerne les pièces de rechange ou accessoires que le franchisé pourra donc acquérir chez n'importe quel fournisseur.

Ces exemptions étant posées, la Commission envisage un certain nombre d'obligations usuelles dans le contrat de franchise (enseigne, redevances, etc.) exemptées elles aussi.

### 2.1.3 *Clauses usuelles du contrat de franchise exemptées*

#### 2.1.3.1 *Clauses justifiées par la protection de l'identité et de la réputation du réseau*

##### 2.1.3.1.1 *Les produits vendus ou utilisés par le franchisé*

Celui-ci ne peut se voir imposer une clause d'approvisionnement exclusif auprès du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui que lorsque le franchiseur ne peut appliquer des spécifications objectives de qualité, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise<sup>2</sup>.

##### 2.1.3.1.2 *Clauses justifiées par la protection contre l'éventuelle concurrence déloyale*

Est licite la clause de non-concurrence ou de non-rétablissement faisant interdiction au franchisé de disposer d'un magasin ayant un objet identique ou similaire dans une zone où il pourrait entrer en concurrence avec un des membres du réseau, dès lors que cette clause tend à prévenir le risque d'un détournement du savoir-faire au profit de concurrents.

2. Voir par ex. : articles de mode - décisions *Pronuptia*, *supra*, note 1 et *Charles Jourdan, Produits Yves Rocher*.

L'obligation de fidélité est renforcée par l'interdiction faite au franchisé d'acquérir des participations financières dans le capital d'un concurrent.

### 2.1.3.2 *Clauses justifiées par la protection de l'efficacité du réseau*

#### 2.1.3.2.1 *Protection du savoir-faire*

Est parfaitement justifiée l'interdiction faite au franchisé de ne pas divulguer le savoir-faire acquis.

#### 2.1.3.2.2 *Maintien de la qualité du réseau*

Le franchisé doit appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur, respecter ses normes en matière de présentation des locaux, respecter les clauses d'agrément, etc.

La liste des clauses envisagées par la Commission n'est pas exhaustive; d'autres obligations peuvent donc être insérées dans un contrat sans provoquer la perte de l'exemption catégorielle.

## 2.2 *Conditions d'application de l'exemption et limites de l'article 85-3 du Traité de Rome*

### 2.2.1 *Les restrictions à la concurrence ne sont admises que lorsqu'elles sont indispensables pour assurer un progrès économique et améliorer la distribution (art. 85.3a)*

1. Sont donc prohibées les clauses aboutissant à un partage de marché entre producteurs.

Ce sont les accords réciproques de franchise entre entreprises fabriquant des produits ou prestant des services qui sont identiques ou considérées comme similaires par les utilisateurs.

2. Sont prohibées les clauses limitant le choix du franchisé pour ses fournisseurs et clients.

Sauf critère objectif ou qualitatif (voir ci-dessus).

3. Le franchiseur ne peut imposer au franchisé des restrictions dans la détermination de ses prix.

La Commission fait ainsi application de la jurisprudence *Pronuptia*<sup>3</sup>. Par ailleurs, elle prévoit la possibilité pour les législations internes d'établir des recommandations.

3. *Supra*, note 1.

4. Le franchisé ne doit pas faire l'objet de conditions discriminatoires par rapport aux autres franchisés.

5. La protection du savoir-faire, élément essentiel du contrat, ne saurait cependant entraîner des restrictions de concurrence excessives.

L'obligation du secret ne vaut pas pour un savoir-faire qui est librement accessible.

6. Le refus d'agrément d'un fournisseur ne saurait être justifié que par des considérations tenant au contrat de franchise et à ses spécificités.

### 2.2.2 *Les restrictions de concurrence ne sont pas admises si elles donnent à des entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence, pour une partie substantielle des produits en cause (art. 85.3 b)*

Cette seconde condition permet d'appréhender largement toute clause qui aurait pour but ou effet de restreindre dans des conditions importantes la concurrence sur un marché considéré.

## 2.3 *Exemptions individuelles et procédure d'opposition*

Les accords de franchise répondant à toutes les conditions que nous venons d'énumérer bénéficient automatiquement de l'exemption prévue dans le Règlement. Cependant, les entreprises doutant de la validité de leurs accords peuvent demander à bénéficier d'une procédure d'exemption individuelle.

Il en est ainsi, soit lorsque les clauses du contrat ne correspondent pas idéalement à celles qui sont agréées par le Règlement; soit lorsque le réseau risque d'entrer dans le champ d'application de l'article 8 du Règlement.

### 2.3.1 *L'absence de correspondance entre le Règlement et le contrat*

Quatre situations peuvent se présenter :

- le contrat peut tout d'abord comporter des clauses non répertoriées par le Règlement;
- il peut ne pas reprendre parfaitement les clauses exemptées par le Règlement;
- il peut encore ne pas reproduire à l'identique les clauses rendues obligatoires par le texte;
- il peut enfin comporter des clauses qui pourraient être considérées par la Commission comme s'opposant formellement à l'application des dispositions du Règlement.

### 2.3.2 L'interférence du réseau avec l'article 8 paragraphe c/ du Règlement d'exemption

Cet article vise des situations qui risquent objectivement de porter atteinte à la concurrence communautaire, indépendamment de toute pratique anticoncurrentielle de la part des partenaires du réseau.

Le Règlement prévoit deux hypothèses dans lesquelles un accord qui ne comporte que des clauses parfaitement conformes à celles qui sont autorisées par l'exemption par catégorie, ne peut néanmoins en bénéficier. Cette hypothèse se présente lorsque :

L'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords établis par des producteurs ou distributeurs concurrents.

Ou lorsque :

Les produits ou services faisant l'objet de la franchise ne sont pas soumis, dans le territoire contractuel, à la concurrence effective de produits ou de services identiques ou considérés par l'utilisateur comme similaires en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage.

Ainsi, le Règlement ne s'applique pas aux accords qui engendrent des situations de type monopolistique, sans pour autant définir de manière précise les conditions économiques de cette notion d'effet cumulatif.

Il est alors prudent de notifier l'accord à la Commission, lorsque la quasi-totalité du marché est aux mains des réseaux de distribution, afin d'obtenir une prise de position non équivoque de Bruxelles sur le degré d'entrave à la concurrence de tels accords.

Dans toutes les hypothèses que nous venons d'évoquer, le contrat doit être notifié à la Direction générale de la concurrence de la Commission de Bruxelles. Après examen de l'accord, la Commission déterminera si, bien que contenant des restrictions de concurrence, le contrat peut ou non bénéficier d'une exemption individuelle en application des dispositions de l'article 85-3 du *Traité de Rome*. Aussi longtemps qu'un accord n'a pas été dûment notifié à la Commission, cette dernière ne peut répondre à une demande formulée par l'entreprise en cause.

Cette notification permet également à l'entreprise notifiante de bénéficier d'une immunité en matière d'amendes, s'agissant des agissements postérieurs à la notification, aussi longtemps que la Commission n'a pas arrêté de décision finale ou provisoire sur l'applicabilité de l'article 85-1 et/ou de l'article 85-3 et ce, pour autant que ces agissements demeurent dans les limites de l'activité décrite par l'entreprise dans la notification.

Une seconde solution consiste à engager une procédure dite d'opposition auprès de la Commission. Elle consiste en une procédure de notification simplifiée pour des accords qui, sans s'adapter parfaitement au moule du Règlement, ne comportent pas de clauses formellement interdites.

Les effets juridiques de cette procédure simplifiée sont indéniables. Ainsi, si la Commission ne fait pas opposition à un accord qui lui a été notifié, l'accord bénéficiera expressément de la protection et de la portée juridique qui s'attache à tout règlement communautaire.

### 3. La mise en oeuvre de la Loi Doubin

Aujourd'hui en pleine mutation, le commerce français évolue sous l'influence de formes nouvelles de distribution, consacrant l'importance de l'appartenance à un réseau intégré.

Originellement limités à la distribution dans des domaines essentiellement techniques (automobiles, machines agricoles, matériels de travaux publics, carburants), les réseaux couvrent actuellement un champ d'activités beaucoup plus vaste, voire sans limites, qui va de l'alimentation à l'habillement, en passant par le mobilier, l'électro-ménager; si bien que tout consommateur doit s'adresser aujourd'hui à ces réseaux pour la satisfaction de ses besoins, qu'ils soient d'ordre domestique ou professionnel.

Si la franchise a contribué à l'extension des secteurs concernés par ces nouvelles formes de distribution, son rôle est tout aussi important dans le domaine des services. Le système de la franchise permet un redéploiement des P.M.E.-P.M.I. créateurs d'emplois.

Plus de 15% des entreprises du secteur commercial sont concernées, c'est-à-dire environ 60 000 entreprises représentant 700 milliards de francs de chiffre d'affaires, et 30 milliards de francs de salaires distribués annuellement.

La franchise permet en effet aux particuliers, souvent anciens cadres, fonctionnaires ou salariés, d'investir travail et argent dans la réitération d'un modèle éprouvé, tout en restant indépendants.

C'est parce qu'il y a dans notre pays plusieurs milliers d'entrepreneurs potentiels, de franchisés virtuels, que la P.M.E. performante et conquérante peut espérer en constituant des chaînes solides, percer son marché et redevenir concurrentielle.<sup>4</sup>

Mais, rançon du succès - la franchise française est leader en Europe -, trop de non-professionnels se sont lancés dans la franchise sans apporter de

4. O. Gast, extrait de l'introduction de son projet de proposition de Loi sur la franchise, mars 1985.

garanties suffisantes au réseau qu'ils constituent, en risquant ainsi de dévaloriser l'image de la franchise auprès du public.

Aussi ai-je préconisé dès 1981 l'adoption d'une loi préventive<sup>5</sup> visant à moraliser la profession et à protéger les futurs franchisés, et proposé en mars 1985 un projet de loi sur les réseaux de franchises et autres réseaux commerciaux.

Il s'agissait donc, d'une part, de rassurer le grand public sur la fiabilité de tels systèmes pour à la fois défendre les intérêts de tous les franchiseurs, concédants, et plus généralement de toutes les entreprises concernées, et d'autre part de protéger les candidats en les informant préventivement sur les caractéristiques principales de leur engagement, de leur futur partenaire et du marché.

Sans jamais réglementer les rapports franchiseur-franchisés, ce qui eût été inévitablement sclérosant et inutile, le but était d'obliger le franchiseur et autres concédants à informer et documenter clairement, objectivement et honnêtement sur sa formule et son produit tout candidat désirant intégrer le réseau.

Le législateur a consacré ces objectifs dans la Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, dite «Loi Doubin». Les relations contractuelles entre les parties continuent à relever du principe de la liberté contractuelle, mais le législateur instaure un mécanisme d'information préalable au bénéfice de la partie supposée ignorante.

Cette obligation d'information reflète une philosophie nouvelle du droit des contrats, qui se vérifie tant au regard de la doctrine et de la jurisprudence que de la Loi, et selon laquelle le mécanisme de protection de la partie la plus faible est assuré par une mise en garde descriptive et préventive de celle-ci.

L'article 1<sup>er</sup> de la Loi Doubin impose l'information. Point n'est besoin de paralyser les relations de parties au contrat par une réglementation pléthorique; l'autonomie de la volonté doit retrouver son empire dans le domaine contractuel, mais encore faut-il que cette volonté soit éclairée. La Loi impose donc au partenaire supposé le plus fort qu'il fournisse à son future cocontractant un certain nombre d'informations qui permettront à ce dernier de s'engager en toute connaissance de cause.

Selon l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi, ces dispositions s'appliquent à tous les contrats conclus dans l'intérêt commun des deux parties, et comportant la mise à disposition par une personne au profit d'une autre personne d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne. Quoique

visé au premier chef, la franchise n'est pas le seul contrat visé par le législateur, le champ d'application de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi Doubin est en réalité beaucoup plus vaste.

Par ailleurs, en son dernier alinéa, la Loi précise les conditions d'exécution de l'obligation d'information.

La détermination des conditions d'application et d'exécution de l'obligation d'information fera l'objet du premier chapitre de cette étude.

Le contenu de l'obligation d'information sera détaillé dans le second chapitre de cet article, par l'analyse de dispositions générales contenues dans les trois derniers alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi, ainsi que dans son décret d'application du 4 avril 1991.

Dans un but de clarté, les franchiseurs et autres concédants, donneurs de licence, etc., représentant «la personne tenue de fournir le document d'information prévu par le premier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi du 31 décembre 1989», seront désignés dans le présent document par le terme de «disclosant» (celui qui divulgue, révèle), qui devra donc être compris comme terme générique désignant tout débiteur de l'obligation d'information.

De même, le terme «disclosé» identifiera tout bénéficiaire de ladite obligation d'information (franchisés, concessionnaires et autres partenaires). Le document contenant les informations qui doivent être communiquées sera intitulé la «disclosure», par référence au droit américain qui, dès 1979, a instauré une obligation précontractuelle de renseignements très rigoureuse, par l'adoption de la Full Disclosure Law.

Nécessaire à la moralisation des relations contractuelles, les franchiseurs et autres concédants sérieux n'ont pas à redouter la transparence résultant de la Loi Doubin, qui offre à la connaissance de tout disclosé les preuves du sérieux de leur formule.

Aujourd'hui, tout contrat rentrant dans le champ d'application de la Loi doit impérativement être précédé de la remise de la disclosure.

Les sanctions prévues dans le décret d'application aux cas de non-remise du document, ou de signature prématurée du contrat, seront détaillées dans le dernier chapitre de cette étude, le décret d'application constituant en contravention de cinquième classe la non-communication ou la remise tardive aux disclosés du document d'information.

De même, seront explicitées les sanctions applicables aux cas où le document, bien qu'ayant été remis, contiendrait des informations erronées.

5. O. Gast, *Comment négocier une franchise*, Éditions Usines Nouvelles, 1981.

### 3.1 Les conditions d'application de l'obligation d'information (Qui doit *discloser*)

Deux séries de conditions président à la mise en oeuvre de l'obligation précontractuelle d'information instaurée par l'article 1<sup>er</sup> de la Loi Doubin.

Il convient donc d'examiner quelle est la délimitation du champ d'application de cette obligation (3.1.1), avant d'observer les conditions de forme et de délai prévues par la Loi (3.1.2).

#### 3.1.1 Le champ d'application de l'obligation d'information

Le premier paragraphe de l'article premier de la Loi dispose :

Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

D'évidence, le législateur a entendu viser une catégorie de contrats extrêmement vaste. Il a voulu appréhender une réalité économique nouvelle, la prolifération des réseaux. Les termes employés par le législateur corroborent cette affirmation. En exemple, la notion de «mise à disposition» ne correspond à aucun concept juridique précis, ce qui est un facteur d'insécurité.

En effet, bien souvent présentée à tort dans la presse comme n'étant qu'une «Loi sur la franchise», le champ d'application du texte est en réalité beaucoup plus large. Bien d'autres contrats seront concernés, dès lors que les conditions stipulées dans l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi sont remplies, c'est-à-dire sous réserve d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de l'activité. Ce seront pour exemple les contrats de concession, de partenariat, les licences de marque, assortis d'un approvisionnement quasi exclusif, certaines coopératives, bon nombre de contrats regroupés sous la notion de commerce associé.

Deux caractéristiques principales peuvent être discernées dans les contrats visés par le législateur : il s'agit d'une part de la mise à la disposition d'une personne de signes de ralliement (3.1.1.1), et d'autre part d'un engagement corrélatif de cette personne à une exclusivité ou une quasi-exclusivité (3.1.1.2).

#### 3.1.1.1 La mise à disposition de signes de ralliement

Le texte vise «toute personne». Il faut donc considérer que sont concernées les personnes physiques comme les personnes morales, les commerçants et les non-commerçants.

Par exemple, une personne physique non commerçante, mais actionnaire majoritaire d'une société, peut concéder une marque qu'elle possède à cette société. La première condition est ici remplie, mais encore faut-il que cette personne physique exige de la société un engagement d'exclusivité.

Comme il a déjà été indiqué, la notion de «mise à la disposition» ne répond à aucun concept juridique précis. Il s'agit davantage d'une réalité économique.

Il peut être considéré que cette notion exclut la cession. En effet, la mise à la disposition suppose un prolongement linéaire, et ceci d'autant plus qu'en contrepartie est exigé un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité.

La licence ou concession de marque est l'exemple le plus topique de mise à la disposition. Mais le législateur a voulu éviter que des contrats échappent à l'obligation précontractuelle d'information, en prévoyant par exemple un prêt à usage de la marque ou mieux encore de la seule enseigne, en compensant l'absence de rémunération de l'usage de la marque par des redevances, représentant le paiement d'autres services, plus élevées.

En outre, cette notion peut recouvrir des hypothèses plus marginales comme l'usufruit, le mandat, si par exemple un agent commercial a l'obligation de faire usage de la marque du commettant dans l'exercice de son activité.

Il n'est pas nécessaire que la personne qui «met à la disposition» soit propriétaire du signe distinctif.

Le master-franchisé français d'un franchiseur étranger qui accordera aux franchisés une sous-licence de la marque étrangère sera tenu de délivrer un document précontractuel d'information aux franchisés. De même, le franchiseur étranger devra remettre un document d'information à son master-franchisé français.

Dès lors que le contrat doit recevoir application sur le territoire français, il faudra *discloser*.

Enfin, les signes de ralliement énumérés par la Loi sont «un nom commercial, une marque ou une enseigne».

On a pu s'interroger sur le caractère limitatif ou non de cette liste.

En réalité, cette énumération semble couvrir l'intégralité des situations dans lesquelles le consommateur s'adresse davantage au commerçant en raison du signe distinctif sous lequel il exploite, que pour d'autres raisons.

En effet, un consommateur qui va se restaurer dans un «fast food» fait confiance à l'enseigne sous laquelle est exploité le restaurant. C'est du reste pour cette raison qu'après une première étape où l'on constatait une profusion d'enseignes de restauration rapide, on observe à l'heure actuelle un regroupement de ces restaurants sous un nombre d'enseignes beaucoup plus limité. On peut parler à ce titre d'une homogénéisation des modes de consommation.

Les logos sont directement visés par le texte puisque la définition légale du logo est d'être une marque figurative.

En réalité, la liste paraît être limitative, mais elle rassemble à notre sens tous les cas de figure. Cette définition est similaire, bien que plus large, à celle donnée dans le Règlement d'exemption de la Commission de la Communauté économique européenne du 30 novembre 1988 relatif à des catégories d'accords de franchise qui prévoit «l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs».

### 3.1.1.2 L'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité

Les conventions visées par la Loi, pour emporter une obligation de divulgation préalable, doivent contenir un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour celui au bénéfice duquel le nom commercial, la marque ou l'enseigne est mise à disposition.

L'exclusivité se définit à la fois de manière positive et négative. Une personne s'engage à n'effectuer un type de prestation déterminé que dans le cadre de la même convention. Cette personne s'interdit donc de signer d'autres conventions se rapportant au même objet.

Il ressort du texte comme des travaux parlementaires que l'exclusivité visée est essentiellement une exclusivité d'approvisionnement.

Ainsi, la Loi Doubin s'inscrit-elle dans un mouvement de défiance vis-à-vis des exclusivités d'approvisionnement en exigeant que le débiteur d'une telle obligation, qui se trouve selon la jurisprudence dans une situation de dépendance économique, puisse s'engager en connaissance de cause.

L'exclusivité territoriale ou de fourniture, qui bénéficient à la partie supposée être la plus faible et qui sont souvent la contrepartie de l'exclusivité d'approvisionnement, ne rentre pas dans le champ d'application de la Loi.

La notion de quasi-exclusivité est plus complexe. Il s'agit toujours de prendre en considération l'approvisionnement, mais à partir de quand peut-on dire qu'il y a quasi-exclusivité d'approvisionnement?

Ici encore, le législateur a voulu approcher au plus près la réalité économique sans avoir cure des concepts juridiques.

Une référence peut cependant être prise en compte, c'est l'article L.781-1 du *Code du Travail* reprenant la Loi du 21 mars 1941. Cette disposition du *Code du Travail* octroie la qualité de salarié aux personnes «dont la profession consiste essentiellement [...] à vendre des marchandises ou denrées de toute nature [...] que leur fournies *exclusivement ou presque exclusivement* par une seule entreprise industrielle ou commerciale [...]».

L'analyse faite par la jurisprudence de cette disposition peut aider l'interprète à cerner la notion de quasi-exclusivité. En effet, l'article L.781-1 du *Code de Travail* se rapporte bien aux personnes soumises à un approvisionnement exclusif ou presque exclusif.

La Cour de cassation a estimé qu'il appartenait aux juges du fond d'apprécier souverainement à partir de quel seuil il pouvait être considéré qu'une personne s'approvisionne «presque exclusivement» auprès d'une seule entreprise industrielle ou commerciale.

Les juges du fond, dont il est difficile de rassembler les décisions pour formuler un ou plusieurs critère(s) homogène(s), ont eu à statuer notamment à l'égard des gérants libres de station-service.

On sait en effet qu'ils s'approvisionnent, en ce qui concerne une certaine catégorie de produits, exclusivement auprès d'une même compagnie pétrolière. La Cour d'appel de Paris a, dans une espèce, raisonné en terme de marge.

Il a été observé que le pompiste réalisait approximativement 40% de sa marge sur des produits autres que ceux fournis par la compagnie pétrolière. En conséquence, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'il n'y avait pas quasi-exclusivité.

Parfois, la jurisprudence se contente d'apprécier dans quelle proportion le fonds de commerce est affecté aux produits concernés. Il a ainsi été jugé que lorsque le fonds de commerce est affecté pour un tiers à la vente de produits autres que ceux du même fournisseur, il n'y avait pas quasi-exclusivité.

Cette jurisprudence doit toutefois être regardée avec prudence puisque la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre une décision qui considérait qu'était remplie la condition relative à la quasi-exclusivité lorsque les deux tiers 2/3 de l'activité étaient affectés à la vente des produits du fournisseur.

Cette jurisprudence est particulièrement intéressante pour l'étude de l'application éventuelle de la Loi Doubin aux franchises-corner. À partir de

quelle proportion l'affectation du fonds de commerce à la vente des produits du franchiseur entraînera-t-elle l'obligation de divulgation?

On peut penser que cette obligation d'information, qui a une vocation protectrice de la partie supposée la plus faible et qui n'a pas pour effet, comme c'est le cas de l'article L.781-1 du *Code du Travail*, d'emporter un véritable changement de statut de la personne concernée, recevra un champ d'application plus vaste.

L'affectation du quart du fonds de commerce à la vente de produits provenant du même fournisseur pourrait être considérée comme représentant une quasi-exclusivité entraînant l'obligation de divulgation; mais ce n'est qu'une hypothèse.

Il est en tout état de cause préférable, pour les opérateurs potentiellement tenus à une obligation d'information précontractuelle, d'avoir soin de prévenir toute difficulté par la remise d'un document d'information.

Après avoir étudié le champ d'application de l'obligation d'information, il convient d'examiner les conditions de son exécution.

### 3.1.2 Les conditions d'exécution de l'obligation d'information

Les conditions d'exécution de l'obligation d'information peuvent être examinées au travers des conditions de forme (3.1.2.1) et des conditions de délai (3.1.2.2).

#### 3.1.2.1 Conditions de forme

Le premier paragraphe de l'article premier de la Loi Doubin fait mention de la remise d'un «document». Il s'agit donc d'un écrit, et ceci d'autant plus que le paragraphe 2 du même article en précise le contenu.

Il est accompagné du «projet de contrat» dont il est évident qu'il ne doit pas recevoir de modifications significatives unilatérales par le disclosant au jour de la signature du contrat définitif.

Il est impératif d'établir un document d'information clair et explicite et il est renvoyé dans cette optique à la section 3.2 du présent guide.

En outre, il est vivement recommandé aux disclosants d'établir chaque disclosure en deux exemplaires. En effet, afin de conserver la preuve de ce que le disclosé a bien pris connaissance de la disclosure, il convient d'en conserver un exemplaire daté, signé et dans lequel chaque page est dûment paraphée par les parties.

De plus, les informations communiquées au disclosé étant souvent confidentielles, il est conseillé à tout disclosant de prévoir une obligation de confidentialité à la charge du disclosé, garantissant le respect par ce dernier

d'une obligation de secret quant aux informations transmises et contenues tant dans la disclosure que dans le projet de contrat devant l'accompagner.

Une dernière convention spécifique est à prévoir dans l'hypothèse d'un versement d'une somme d'argent par le disclosé préalablement à la signature du contrat. Le troisième paragraphe de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi du 31 décembre 1989 dispose en effet que devront être précisées par écrit «les prestations assurées en contrepartie de cette somme [...] ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit». Il conviendra notamment de préciser quelles sont les conditions de restitution de la somme d'argent ainsi versée.

Il s'agira donc le plus souvent d'une convention de réservation qu'il faudra adjoindre ou faire suivre à la remise du document d'information et du projet de contrat.

#### 3.1.2.2 Délais dans lesquels l'obligation d'information doit être réalisée

Le quatrième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi du 31 décembre 1989 prévoit que «le document prévu [...] ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours avant la signature du contrat ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent».

Cette disposition, rapprochée de l'alinéa précédent, laisse entrevoir que, vingt jours avant le versement d'une somme d'argent, ne sont exigées que les remises du document d'information et du projet de contrat; la convention spécifique qui accompagne le versement d'une somme d'argent peut n'intervenir que le jour de ce versement.

Comme il sera dit dans la section 3.3 du présent guide, le moindre retard dans la remise des documents peut être répréhensible.

La Loi ne fait pas de distinction en cas de renouvellement de contrat. Cependant, la remise des documents doit précéder la signature d'un contrat ou le versement d'une somme.

En conséquence, vingt jours avant l'expiration du contrat en cours, le disclosant devra remettre au disclosé le projet du nouveau contrat ainsi que la disclosure dans sa dernière mouture.

Dans l'hypothèse d'un renouvellement du contrat en cours par tacite reconduction, la remise des documents ne semble pas nécessaire, car il n'y a pas de signature de contrat.

En conclusion de ce premier chapitre, il convient de faire une place à part à la formule qui, déjà, a fait couler beaucoup d'encre et qui figure dans le premier paragraphe de l'article commenté; c'est celle de «contrat conclu dans l'intérêt commun des parties».

D'aucuns ont pu croire qu'il était ici fait référence à la notion jurisprudentielle puis légale de mandat d'intérêt commun, qui a permis aux agents commerciaux d'obtenir une indemnité de clientèle lors de la rupture des relations contractuelles.

Monsieur Doubin a cependant précisé lors des débats parlementaires qu'il n'existait pas de relation avec «l'automatisme d'une quelconque indemnisation».

Si tous les contrats sont supposés emporter des intérêts réciproques, il est possible d'interpréter la notion d'intérêt commun en constatant que dans les contrats de distribution exclusive assortis d'une licence de marque, la prospérité de l'un accroît la renommée de l'autre et inversement. Dans un contrat de vente, au contraire, une partie a intérêt à vendre plus cher tandis que l'autre cherche à obtenir une diminution de prix.

C'est ce qui peut expliquer la différence entre les intérêts réciproques et un intérêt commun.

Il ne semble donc pas *a priori* que le concédant de marque qui exige de son cocontractant un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ait à craindre d'avoir à indemniser systématiquement ce dernier dans le cadre de la rupture des relations contractuelles.

### 3.2 Le contenu de l'obligation d'information (Comment discloser)

La Loi a précisé (article 1<sup>er</sup>, alinéa 2) que le contenu du document serait prévu par décret, mais le législateur a voulu encadrer le pouvoir réglementaire, en imposant que le document contienne des informations portant notamment sur «l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat, ainsi que le champ des exclusivités».

Le décret d'application a donc repris chacune de ces dispositions, en précisant le contenu de certaines des informations requises. Il contient dans son premier article six alinéas définissant les renseignements qui doivent être communiqués aux disclosés.

Avant et afin d'entrer dans le détail de l'examen des indications fournies par le décret, il sera nécessaire d'avoir constamment présentes à l'esprit deux dispositions qui figurent dans l'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi : les informations données devront être «sincères», et permettre au disclosé de «s'engager en connaissance de cause» (article précité *in fine* de la Loi).

La combinaison des deux notions est redoutable pour le disclosant, car une information erronée peut être sincère, si l'erreur a été commise de bonne foi, mais elle n'aura pas permis un engagement du disclosé en connaissance de cause (et réciproquement).

Que doit entendre le disclosant par information «sincère»? Du caractère vague des termes employés par le législateur, naît une relative insécurité pour le disclosant, qui peut être palliée en approchant au plus près l'exhaustivité.

Si l'abondance d'informations peut paraître superflue, l'insuffisance risque d'être condamnable. Par exemple, aucune disposition n'impose à ce jour au disclosant d'informer sur ses antécédents judiciaires. Cependant, le disclosant peut-il prétendre à une information sincère s'il cèle avoir été condamné pour escroquerie à plusieurs reprises? Le candidat ignorant cela s'est-il engagé en connaissance de cause comme l'exige la Loi?

Il s'agit là bien sûr d'un exemple outrancier qui vise à démontrer que le caractère vague des termes législatifs obligera le disclosant à dépasser la stricte application des prescriptions du décret pour se conformer à la Loi, dont l'autorité est supérieure.

Conformément à cette règle, nous préconisons une rédaction de document se fondant sur un principe de «Full Disclosure» (divulgence totale). Plus que le texte même du décret d'application qui ne constitue qu'un guide des informations à communiquer, il faudra toujours conserver en mémoire l'impératif d'informer sur tous sujets nécessaires à un engagement en connaissance de cause du disclosé.

De l'imprécision de la formule et du besoin de sécurité pour les disclosants, comme du besoin pour le disclosé de bien connaître son futur partenaire, naît la nécessité de fournir une réponse aussi complète que possible.

La disclosure doit permettre la plus grande connaissance du partenaire et de son entreprise, de l'ampleur de l'engagement auquel le disclosé souscrira, ainsi que du marché des produits et/ou services objet du contrat proposé et des perspectives d'évolution de ce marché.

Par opposition aux divers projets de décret successivement élaborés, ce décret ne contient plus de dispositions d'ordre général, relatives d'une part à l'absence de communication et d'autre part aux modifications relatives aux renseignements contenus dans la disclosure.

Cette suppression peut être interprétée comme manifestant la volonté des rédacteurs du décret de ne plus offrir aux disclosants la possibilité de dissimuler des informations en invoquant différents prétextes, et va dans le sens d'une plus grande rigueur.

De nombreuses informations contenues dans la disclosure seront sujettes à une évolution rapide, pouvant soulever des problèmes matériels de mise à jour du document. A cet effet, notre conseil préliminaire sera d'actualiser le document au minimum tous les six mois, de le dater et d'indiquer qu'au jour de sa remise, les informations datent, par exemple, de

quatre mois, sauf aux cas de survenance d'évolutions majeures imposant une information impérativement actualisée au jour de la remise du document.

Diverses informations requises par le décret ayant le même objet, bien que ne figurant pas dans le même alinéa dudit texte, nous étudierons ces informations en les regroupant en fonction de leur objet.

La méthode suivie consistera à énoncer le texte du décret, à le commenter et à donner un exemple concret. Tous les noms, adresses et pourcentages indiqués sont des créations et ne sauraient en aucune manière correspondre à une quelconque situation existante.

### 3.2.1 Informations sur l'entreprise du disclosant

#### 3.2.1.1 Présentation de l'entreprise du disclosant

##### 3.2.1.1.1 Son identité

#### 1. Identification de l'entreprise

##### a. Siège, forme juridique, montant du capital

#### Texte du décret:

L'article 1<sup>er</sup>, 1/ du décret requiert l'indication de «l'adresse du siège de l'entreprise [...] avec l'indication de sa forme juridique et [...] le cas échéant, le montant du capital.»

#### Commentaires:

Le texte est clair et n'appelle pas de commentaire de fond des informations requises.

Il est toutefois conseillé d'indiquer, avant l'adresse du siège de l'entreprise, sa raison ou dénomination sociale. Le décret ne l'impose pas, il apparaît cependant nécessaire de la faire figurer dans le document.

#### Exemple:

Dénomination sociale de la société : AUTOFIX S.A.

Adresse du siège social : 26, rue du Temple - 75011 PARIS  
Téléphone à cette adresse : 47 58 98 62

Forme juridique de la société : société anonyme

Montant du capital social : 1 400 000 francs

### b. Marques

#### Texte du décret:

«[...] dans le cas où la marque qui doit faire l'objet du contrat a été acquise à la suite d'une cession ou d'une licence», devront ensuite figurer des renseignements relatifs à «la date et [au] numéro de l'inscription correspondante au Registre National des Marques avec, pour les contrats de licence, l'indication de la durée pour laquelle la licence a été consentie.» (Article 1<sup>er</sup>, 2/ *in fine* du texte.)

#### Commentaires:

La marque est l'un des éléments fondamentaux mis à la disposition de tout disclosé (et l'une des conditions déterminant le champ d'application de la Loi).

En conséquence, ce dernier doit impérativement être informé de la validité de la marque faisant l'objet du contrat, ainsi que des droits du disclosant sur celle-ci. En est-il propriétaire? Dans l'affirmative, est-ce en vertu d'une création ou d'une cession? En est-il licencié? Pour combien de temps? Dans cette hypothèse, son contrat prévoit-il la possibilité de concéder des sous-licences? Etc.

Le décret n'impose pas d'indiquer aux disclosés la date et le numéro de dépôt et/ou d'enregistrement de la marque faisant l'objet du contrat. Seuls sont requis, lorsque le disclosant est cessionnaire ou licencié de la marque, des renseignements relatifs aux modalités d'acquisition de la propriété ou du droit d'usage de ladite marque, à l'inscription au Registre National des Marques de l'INPI de l'acte de cession ou de licence de la marque avec, dans ce dernier cas, l'indication de la durée du contrat de licence.

Cependant, eu égard à l'importance de la marque pour tous les contrats rentrant dans le champ d'application de la Loi, il apparaît indispensable d'indiquer dans la disclosure, outre les renseignements requis par le décret, la date et le numéro de dépôt et/ou d'enregistrement de la marque faisant l'objet du contrat, et ce quelle que soit la nature des droits du disclosant sur ladite marque.

De même, il est recommandé, si le droit d'usage de plusieurs marques est concédé au disclosé (marques nominales, ou figuratives - logos -, etc.), de faire figurer dans le document les informations précédemment énumérées pour chacune de ces marques, et d'indiquer avec précision la marque dont le droit d'usage à titre d'enseigne sera concédé à ce dernier.

Il est également conseillé, si le disclosant est titulaire de brevet(s) important(s) pour le contrat proposé, d'en faire mention.

**Exemple:**

La Société AUTOFIX est licenciée de la marque ECROU, déposée à l'INPI le 25 mai 1981 sous le n° 547.856 et enregistrée le 11 octobre 1981 sous le n° 104.703 dans les classes 17 et 42.

Ledit contrat de licence, conclu le 5 mai 1984 pour une durée de 15 ans, a fait l'objet d'une inscription au Registre National des Marques le 17 mai 1984, sous le numéro 125.247. Ce contrat concède à la société AUTOFIX le droit de concéder des sous-licences de la marque ECROU.

**c. Immatriculation(s)****Texte du décret:**

Devra ensuite être indiqué le «numéro d'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés ou le numéro d'inscription au Répertoire des Métiers». (Article 1<sup>er</sup>, 2/ du texte.)

**Commentaires:**

Bien que le rédacteur du texte ait envisagé une information alternative, l'immatriculation au Répertoire des Métiers ne dispense pas, le cas échéant, de l'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés. Il est donc conseillé, dans cette hypothèse (assujettissement aux deux immatriculations), d'indiquer cumulativement les deux numéros d'immatriculation.

**Exemple:**

N° d'immatriculation au R.C.S. de Paris : B 659 457 020

**d. Domiciliations bancaires****Texte du décret:**

Le disclosant devra divulguer «la ou les domiciliations bancaires de l'entreprise. Cette information peut être limitée le cas échéant aux cinq principales domiciliations bancaires.» (Article 1<sup>er</sup>, alinéa 3 du décret.)

**Commentaire:**

Cette disposition ne requiert pas de commentaires particuliers, mais appelle une précision : la notion de «domiciliation bancaire» inclut l'indication des numéros de compte, outre la désignation de la (ou des) banques(s) et de l'agence concernées.

**Exemple:**

Banque : BPF  
Agence : 76, rue de Vaugirard - 75015 Paris  
N° de compte : 5.412.003

Banque : Victoria  
Agence : 42, boulevard Haussmann - 75008 Paris  
N° de compte : 3.0002.5879

**2. Curriculum vitae du chef d'entreprise ou des dirigeants****Texte du décret:**

L'article 1<sup>er</sup>, 1/ du décret requiert l'indication de «[...] l'identité du chef d'entreprise s'il s'agit d'une personne physique ou des dirigeants s'il s'agit d'une personne morale [...]»;

«ainsi que toutes indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle acquise par l'exploitant ou par les dirigeants». (Article 1<sup>er</sup>, 4/, alinéa 1 *in fine* du décret.) «[Ces] informations [...] peuvent ne porter que sur les cinq dernières années qui précèdent celle de la remise du document». (Article 1<sup>er</sup>, 4/, alinéa 2 du décret.)

**Commentaires:**

Les renseignements relatifs à l'expérience professionnelle de l'exploitant ou des dirigeants de l'entreprise accompagneront logiquement la présentation de leur identité.

Les renseignements pourront ne porter que sur les cinq dernières années précédant la remise du document. Cependant, il sera toujours préférable de communiquer une information aussi complète que possible. L'information devra obligatoirement faire mention de l'expérience professionnelle du disclosant. Il devra énumérer les différentes fonctions qu'il a exercées en précisant les dates d'entrée et de sortie de ces fonctions et les secteurs d'activité concernés.

Les expériences dans le domaine de la franchise, et plus particulièrement dans le secteur d'activité considéré, devront être mises en exergue.

L'information pourra comporter de manière facultative la formation universitaire de l'exploitant ou des dirigeants, dans la mesure où leurs titres peuvent présenter pour les candidats un élément de mise en valeur de sa divulgation. Il s'agit là d'une simple faculté qui va dans le sens de notre principe de prudence : l'appréciation extensive de l'obligation de divulgation.

**Exemple :**

Identité des dirigeants

Président: Monsieur Jean-Pierre MONDEAU

*Expérience professionnelle :*

- De 1974 à 1984, il est master-franchisé CARSTOP pour la France.
- En 1985, il crée la société AUTOFIX dont il est aujourd'hui le Président du Conseil d'administration.

Directeur général : Monsieur Yves LANDA

*Expérience professionnelle :*

Monsieur LANDA est diplômé de l'Institut de promotion de la franchise - Promotion 1987.

- De 1970 à 1980, il fut analyste financier au sein de la Compagnie Bancaire. En 1980, il devient Directeur financier de la société FAST FOOD, qui fonctionne en grande partie selon le système de la franchise.

- Depuis 1988, Monsieur LANDA est Directeur général de la société AUTOFIX.

**Observations:**

Conformément au principe d'exhaustivité énoncé en introduction au présent Chapitre, nous recommandons au disclosant de compléter ici les informations requises par le texte, en indiquant ses antécédents judiciaires ainsi que d'éventuelle(s) cessation(s) de paiement antérieure(s).

**3.2.1.1.2 Son évolution****Texte du décret:**

Le disclosant devra indiquer «la date de création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution [...]» (Article 1, 4/, alinéa 2 du texte.)

**Commentaires:**

Ces informations consisteront à retracer l'historique de l'entreprise du disclosant et de son réseau d'exploitation.

La date de création de l'entreprise sera celle correspondant au début d'exploitation en indiquant s'il y a lieu, la date d'immatriculation de la société.

Par «étapes de l'évolution» d'une entreprise, il faut comprendre notamment les éventuelles modifications de forme sociale ou de répartition du capital, les fusions ou autres modifications de structure, la création de filiales, etc.

L'évolution de la croissance de l'entreprise doit également être relatée, qu'il s'agisse de croissance interne avec notamment la création de succursales ou de croissance externe par l'acquisition de sociétés, l'évolution du chiffre d'affaires et le rythme de progression du personnel, ainsi que l'évolution des produits ou services fournis par l'entreprise.

Ainsi que le permet le texte, il est possible de limiter cette description de l'évolution de l'entreprise aux cinq années précédant l'année de remise du document.

Cependant, lorsque des modifications déterminantes dans la vie de l'entreprise sont intervenues avant ces cinq années, nous conseillons de les faire figurer dans le document.

**Exemple:**

La Société FILDUNORD a été créée en 1963 et a été immatriculée au Registre du Commerce de LILLE le 7 novembre 1963 sous la forme d'une S.A.R.L. Elle s'est transformée en S.A. en 1971.

Son capital est passé de 50 000 F lors de sa création, à 8 millions de francs à l'heure actuelle.

La société FILDUNORD possède 90% des parts de trois filiales respectivement créées en 1974, 1976 et 1977, qui sont les sociétés «LES LAINES DU NORD», «ORDIMAT» et «LES LAINES DE FRANCE».

La Société FILDUNORD a créé sept succursales pour la fabrication, l'entretien et l'entreposage de ses produits. Par ailleurs, la société FILDUNORD a acquis, en 1988, 80% des actions de la S.A. OTARIE de même spécialité.

Le chiffre d'affaires annuel a évolué de 200 000 F en 1960 à 4,5 millions de francs en 1988 et il s'est depuis stabilisé. De 30 salariés, la société FILDUNORD en compte désormais 320.

Autrefois exclusivement distributrice de fil à tricoter, la société FILDUNORD a diversifié ses gammes et elle produit désormais des vêtements en laine, ainsi que des chaussettes, bas et sous-vêtements féminins.

### 3.2.1.1.3 Ses activités

Le disclosant devra ensuite faire mention de «[...] la nature de ses activités [...]». (Article 1, 1/ du texte.)

#### Commentaires:

Le décret préconise de présenter «la nature des activités de l'entreprise» entre l'adresse de son siège social, l'indication de sa forme juridique et autres renseignements relatifs à l'identité de l'entreprise. Cependant, d'une grande importance pratique, la présentation des activités de l'entreprise mérite de faire l'objet de développements particuliers.

Quelles sont les activités visées? Ne s'agit-il que des activités du disclosant relatives au contrat proposé? Le disclosant doit-il, plus généralement, faire état de toutes ses activités, et de celles de son groupe, si celles-ci ont un lien direct ou indirect avec l'objet du contrat proposé?

Ainsi, et à titre d'exemple, il peut se révéler instructif pour le disclosé de savoir que, sur son territoire d'exclusivité, ce dernier aura à faire face à la concurrence d'un point de vente développant une activité similaire et concurrente de la sienne qui, bien qu'exploité sous une marque différente de celle dont il est licencié, appartient à un réseau contrôlé par un même groupe.

Le disclosé ignorant ces éléments se sera-t-il engagé en connaissance de cause? Notre avis est que, dans une telle hypothèse, le disclosant devra mentionner toutes ses activités, et celles de son groupe si ses activités sont similaires et/ou concurrentes de celles faisant l'objet du contrat proposé.

#### Exemple:

Le disclosant, la société CHAUSS'BAT, exploite un réseau de concessionnaires sous la marque «ARBALL». Ses activités sont la production et la distribution, par l'intermédiaire de son réseau, de chaussures dites de «moyenne gamme».

La société CHAUSS'BAT appartient à un groupe dont fait également partie la société PIED VERT, qui exploite en franchise un réseau de distribution de chaussures de moyenne et haute gamme, sous la marque «BOTTE ET MOK».

Par ailleurs, appartient également au groupe la société KOUSS, dont l'activité est la réparation rapide de chaussures.

### 3.2.1.1.4 Le marché

#### Texte du décret:

Le disclosant devra présenter «l'état général (et local) du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat, et des perspectives de développement de ce marché». (Article 1<sup>er</sup>, 4/, alinéa 2 du décret.)

#### Observation préalable:

La présentation de l'état local du marché nécessite une individualisation de l'information pour chaque contrat proposé, contrairement à la présentation de l'état général du marché, et concerne spécifiquement le projet d'entreprise du candidat auquel le document sera remis.

Aussi, cette présentation sera étudiée dans la section «Informations marketing» du Paragraphe suivant, relatif aux «Informations sur le projet d'entreprise du disclosé».

#### Commentaires:

Cette disposition a pu provoquer des inquiétudes chez les disclosants. Implique-t-elle qu'ils devront porter à la connaissance de tout disclosé, derrière qui peut se cacher un concurrent, des éléments confidentiels de l'entreprise? De même, devront-ils informer ces mêmes disclosés de la stratégie d'avenir de la société?

Telle n'a certainement pas été l'intention du rédacteur du texte.

Deux séries d'informations sont requises par le législateur, dans l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de la Loi : elles portent d'une part sur l'état du marché, et d'autre part sur ses perspectives de développement. Que recouvrent ces notions?

#### 1. L'état du marché

Le décret a apporté les précisions suivantes aux dispositions législatives : «l'état du marché» doit s'entendre comme désignant l'état général (et local) du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat proposé?

Le décret a précisément décrit ce marché comme étant celui des produits ou services devant faire l'objet du contrat proposé. Ainsi, la présentation de l'état général du marché impliquera une description générale du marché sur lequel aussi bien le disclosant que ses concurrents exercent leur activité. Il va de soi que la description de l'état général du marché ne peut être réduite à l'entreprise du disclosant.

Il s'agira à n'en pas douter de communiquer au disclosé un «état des lieux», une photographie nationale indiquant notamment l'état de la concurrence existant sur ce marché ainsi que le positionnement actuel du marché (est-il en régression? en expansion? etc.), en s'adressant pour cela à des organismes spécialisés tels que INSEE, compétents pour délivrer ce type d'informations.

## 2. Ses perspectives de développement

De même que pour la description de l'état général (et local) du marché, les «perspectives de développement de ce marché» ne concerneront que des informations accessibles à tous, et établies par des organismes spécialisés (tels que précités). Il ne saurait en aucun cas s'agir de courir le risque d'informer d'éventuels concurrents sur des informations confidentielles internes à l'entreprise concernée.

Seule question restant en suspens : quel est le marché dont il faut décrire les perspectives de développement? S'agit-il seulement de l'état général, ou également de l'état local du marché? Une présentation systématique des perspectives de développement de chaque zone d'activité offerte à des candidats semble difficile à concevoir, en raison des problèmes pratiques qu'elle ne manquerait pas de soulever.

Aussi, il devrait s'agir de présenter les perspectives de développement du marché dans sa généralité, sans adaptation spécifique, sauf dans l'hypothèse où des circonstances particulières, telles des mesures administratives, l'imposeraient, en entraînant des distorsions entre les perspectives de développement du marché à l'échelon national et local.

Ici encore, pour appréhender avec certitude le degré d'adaptation de cette information, il faudra attendre une réponse des magistrats, notamment quant à l'ambiguïté du texte qui peut viser soit le seul état général, soit également l'état local du marché quant aux perspectives de développement devant être communiquées.

### Exemple:

Le marché du tourisme, sur lequel exerce le franchiseur, la société DELTA, est un marché en pleine expansion. Il a progressé de X% depuis dix ans, en connaissant une période de récession au début de l'année 1991 due à la guerre du Golfe et ses conséquences sur les transports. (Source statistiques : INSEE.)

Le marché est très concurrentiel. La part de marché du franchiseur est de 14%.

Ses principaux concurrents sont TOURPLAN, JETSET, AIRLIBRE et VOGFREE.

L'expansion du marché devrait se poursuivre à un rythme soutenu, d'environ X% par an pour les cinq années à venir. (Source statistiques : INSEE.)

### 3.2.1.1.5 Ses résultats

#### Texte du décret:

Enfin, dernière des informations à donner sur l'entreprise du disclosant, il faudra ajouter «à cette partie du document les comptes annuels des deux derniers exercices ou, pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, les rapports établis au titre des deux derniers exercices en application du troisième alinéa de l'article 341-1 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.»

#### Commentaires:

Le décret fait la différence entre deux types de société, pour définir les documents devant être communiqués.

#### 1. Les Sociétés non cotées

Elles sont tenues de fournir les comptes annuels des deux derniers exercices.

Conformément à l'article 8 du *Code de Commerce*, ces comptes annuels, établis à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire, comprennent obligatoirement:

- le bilan;
- le compte de résultat; et
- une annexe.

#### 2. Les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne

Ce sont celles dont les actions sont inscrites à la cote officielle des bourses de valeur.

Le rapport que ces sociétés doivent établir conformément à l'article 341-1 alinéa 3 de la Loi du 24 juillet 1966, et ce pour les deux derniers exercices, consiste en «un rapport commentant les données chiffrées relatives au chiffre d'affaires et aux résultats de la société au cours du semestre écoulé, et décrivant son activité au cours de cette période, ainsi que son évolution prévisible au cours de l'exercice, et les événements importants survenus au cours du semestre écoulé.»

### 3.2.1.2 Présentation du réseau d'exploitation du disclosant

#### 3.2.1.2.1 Évolution du réseau d'exploitants

##### Texte du décret:

Cette description du réseau devra tout d'abord présenter «un rappel des principales étapes de [l']évolution du réseau d'exploitants, s'il y a lieu [...]». (Article 1, 4/, alinéa 1 du texte.)

Ces informations pourront «ne porter que sur les cinq dernières années qui précèdent celle de la remise du document.» (Article 1, 4/, alinéa 2 du texte.)

##### Commentaires:

La description de l'évolution du réseau d'exploitants consistera à retracer l'évolution des modes de distribution successivement et/ou cumulativement adoptés, en précisant le développement des points de vente, le taux de rotation des partenaires, la localisation géographique du réseau, et pour les franchiseurs le nombre de pilotes et l'éventuel respect de la règle des 3/2, qui consiste à avoir exploité pendant deux ans au moins trois entreprises, dont une située à Paris et les deux autres en province dans des villes de moyenne et grande importances.

Ainsi que le permet le texte, il est possible de limiter cette description de l'évolution du réseau d'exploitation aux cinq années précédant l'année de remise du document.

Cependant, lorsque des modifications déterminantes sont intervenues avant ces cinq années, il est conseillé de les faire figurer dans le document.

La description de l'évolution du réseau d'exploitants n'est requise par le texte que si une telle évolution est intervenue («s'il y a lieu»), les réseaux nouvellement créés ne pouvant par définition retracer les étapes de leur évolution.

##### Exemple:

À l'origine, la société PROTEK distribuait ses produits par l'intermédiaire de partenaires agréés; depuis 1980, elle distribue par l'intermédiaire de son réseau de franchisés et de ses succursales.

De 40 partenaires, la société PROTEK compte désormais 320 franchisés répartis en FRANCE et sur le territoire de la Communauté économique européenne. Chaque année, une moyenne de 7 points de vente franchisés ouvrent en FRANCE ou en Europe. La société PROTEK possède en propre 42 points de vente.

### 3.2.1.2.2 Entreprises appartenant au réseau d'exploitants

##### Texte du décret:

Sont ensuite requises des données relatives à «la liste des entreprises qui en font partie avec l'indication pour chacune d'elles du mode d'exploitation convenu». (Article 1<sup>er</sup>, 5/, a/ du décret.)

##### Commentaires:

Le disclosant devra délivrer la liste *complète* des entreprises faisant partie de son réseau, *quel que soit le mode d'exploitation adopté*.

Que désigne la notion de «liste des entreprises»? Quel est son contenu? Il faut, pour le déterminer, faire référence à l'alinéa suivant du même paragraphe du décret qui requiert d'indiquer «l'adresse des entreprises établies en France».

*A contrario*, la notion de «liste des entreprises» ne contenant aucune référence à «l'adresse» des entreprises, il ne sera pas nécessaire de l'indiquer. Seul le nom de l'entreprise devra obligatoirement être cité. Il est cependant conseillé d'indiquer la ville où est situé le siège de l'entreprise.

Le même raisonnement *a contrario* conduit également à penser que cette liste des entreprises ne devra pas se limiter à l'indication des entreprises françaises du réseau, toutes les entreprises devront être citées, qu'elles soient situées en France ou dans tout autre pays.

Il s'agira donc d'indiquer le nom des entreprises, françaises ou non, liées au disclosant :

- soit par un contrat de même nature que le contrat proposé;
- soit par un contrat d'une nature juridique différente de celle du contrat proposé;

en précisant pour chaque entreprise le mode d'exploitation adopté (franchise, concession, distribution multi-marques, etc.).

##### Exemple:

Le réseau d'exploitation de la société FAST EAT comprend:

- trois magasins franchisés : les sociétés FAST FISH (Paris), BURGERY (Lyon) et FRIT'VIT (Marseille);
- deux succursales de la société FAST EAT (sises à Paris).

Ce réseau d'exploitation est limité à la France.

### 3.2.1.2.3 *Entreprises appartenant au réseau en vertu d'un contrat de même nature que celui qui est proposé*

#### Texte du décret:

Le disclosant devra indiquer «l'adresse des entreprises établies en FRANCE avec lesquelles la personne qui propose le contrat est liée par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée; la date de conclusion ou de renouvellement de ces contrats est précisée [...]».

Lorsque le réseau compte plus de cinquante exploitants, les informations mentionnées à l'alinéa précédent ne sont exigées que pour les cinquante entreprises les plus proches du lieu de l'exploitation envisagée [...]». (Article 1<sup>er</sup>, 5/, b/ alinéas 1 et 2 du texte.)

#### Commentaires:

Il s'agit donc pour le disclosant, après avoir donné des renseignements sur le réseau d'exploitation dans son ensemble, d'indiquer au disclosé les adresses des membres de son réseau liés à lui par un *contrat de même nature que celui dont la conclusion est envisagée*, pour permettre au disclosé de s'adresser directement à ces derniers.

À notre sens, la nature du contrat est déterminée par sa qualification. En d'autres termes, il faudra indiquer l'adresse de franchisés lorsque la signature d'un contrat de franchise est envisagée, de concessionnaires dans le cas de proposition d'un contrat de concession, etc.

Ces adresses devront s'accompagner de la date de conclusion ou de renouvellement de ces contrats.

Les réseaux de grande taille (plus de cinquante exploitants) pourront soit limiter cette présentation aux cinquante entreprises les plus proches du futur lieu d'exploitation du disclosé, soit donner les adresses de toutes les entreprises concernées, le décret laissant aux disclosants toute latitude à cet égard.

#### Exemple :

Il existe au jour de la remise de la disclosure deux franchisés «Hôtel du Nord» en FRANCE.

Le premier est sis 2, rue des Mines à CALAIS. Le contrat a été conclu le 10 avril 1984.

Le second «HÔTEL DU NORD» est sis 231, rue du Grisous à ROUBAIX. Le contrat initial a été renouvelé le 24 juin 1986.

### 3.2.1.2.4 *Cessation des relations contractuelles*

#### Texte du décret:

Il faudra indiquer «le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document. Le document doit préciser si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé». (Article 1<sup>er</sup>, 5/, c/ du décret.)

#### Commentaires:

Il s'agira d'indiquer ici le nombre de cessations des relations contractuelles intervenues:

- avec les seules entreprises liées au disclosant par un contrat de même nature que le contrat proposé au disclosé (se référer au paragraphe précédent pour les explications relatives à la définition des «contrats de même nature»);
- et pour la seule année précédant la remise de la disclosure;
- en précisant le mode juridique de cessation des relations.

En effet, le «turn over» (ou taux de rotation) de certains réseaux peut conduire à penser que la perception de droits d'entrée est parfois pour le disclosant plus intéressante que le développement de son réseau.

Cependant, il peut arriver que ce soient les contingences conjoncturelles qui soient à l'origine de nombreuses fermetures, ou l'incompétence des cocontractants du disclosant.

Aussi, bien que le texte reste muet quant aux motifs de la cessation et ne requiert que l'indication du mode juridique de cette cessation (expiration, résiliation ou annulation du contrat), le disclosant a toute liberté pour expliquer les circonstances desdites cessations, cette information complémentaire allant dans le sens d'une plus grande transparence.

De même, n'est pas requise par le texte l'indication du nom et de l'adresse des entreprises concernées, ainsi que de la date de cessation des relations. Le disclosant peut cependant les communiquer conformément au principe d'exhaustivité de l'information délivrée.

#### Exemple:

Du 21 avril 1990 au 21 avril 1991 (date de la remise de la disclosure), les relations contractuelles de la MULTIMIX, franchiseur, ont cessé avec deux entreprises :

- La société MULTIMIX a résilié le 20 juin 1990 le contrat de franchise conclu avec M<sup>me</sup> MUGNIER, établie 36, rue des Pierres à Dijon, pour le non-paiement par cette dernière des redevances dues depuis plus de onze mois.
- M. GUIGON, franchisé, n'a pas désiré renouveler son contrat qui venait à expiration le 11 décembre 1990, car il désirait prendre sa retraite. Son magasin était sis 2, Quai Branly à Lyon.

#### Observations:

Ces renseignements devraient être ici complétés par l'indication, «s'il y a lieu, dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat proposé, de tout établissement dans lequel sont offerts, avec l'accord exprès de la personne qui propose le contrat, les produits ou services faisant l'objet de celui-ci». (Article 1, 5/, d/ du décret.)

Ces renseignements étant spécifiques au contrat proposé, il est conseillé de les faire figurer en complément des informations juridiques relatives au projet d'entreprise du disclosé. (Voir à ce sujet le Paragraphe II qui suit.)

#### 3.2.2 Informations sur le projet d'entreprise du disclosé

Le contenu de ces informations est déterminé dans l'article 1<sup>er</sup>, 6/ alinéa 1 du décret (qui requiert la délivrance d'informations de nature juridique); dans l'article 1<sup>er</sup>, 6/ alinéa 2 (informations «financières»); et dans l'article 1<sup>er</sup>, 4/, alinéa 2 *in fine* du texte (informations «marketing»).

##### 3.2.2.1 Informations juridiques

#### Texte du décret:

Devront figurer dans la disclosure : «La durée du contrat envisagé, les conditions de renouvellement, de résiliation, de cession, le champ des exclusivités.» (Article 1<sup>er</sup>, 6/ alinéa 1 du décret.)

#### Commentaires:

Bien que le projet de contrat doive accompagner la remise de la disclosure (article 1<sup>er</sup>, alinéa 4 de la Loi), certaines clauses contractuelles devront également figurer dans le document de divulgation.

Pour ce faire, il sera possible soit de reprendre lesdites stipulations dans le contrat proposé, soit d'énoncer ces informations en adoptant une formulation différente de la rédaction du contrat, mais qui devra être tout aussi complète et précise.

Cette disposition du texte imposera à tous les disclosants d'avoir des contrats plus sérieux et complets que ceux qu'ils avaient jusqu'alors.

Seule disposition du texte pouvant soulever des problèmes d'interprétation, la notion de «champ des exclusivités» doit être précisée.

Il ne s'agit pas ici du seul engagement d'exclusivité (ou de quasi-exclusivité) tel que visé par l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1 de la Loi pour déterminer le champ d'application de l'obligation d'information.

Les exclusivités dont le champ doit être ici précisé désignent toutes les exclusivités à la charge (ou au bénéfice) des deux parties : il s'agira principalement des clauses d'exclusivité territoriale, d'approvisionnement exclusif et de fourniture exclusive.

Si une clause d'approvisionnement exclusif, auprès du disclosant ou de fournisseurs agréés, est prévue dans le contrat, nous pensons que la transparence impose d'indiquer si le disclosant tire des revenus des achats réalisés auprès de lui ou des fournisseurs agréés par le disclosé et, dans l'affirmative, les modalités selon lesquelles les revenus en découlent. Ces renseignements ont pour objet de révéler si la fonction de centrale d'achat du disclosant est correctement remplie, et si ce dernier ne garde pas pour son propre bénéfice les marges et ristournes qu'il a pu obtenir, en raison du nombre de ses partenaires, sans les réinjecter en partie dans ce réseau, contrairement à ce qu'il avait pu annoncer à des candidats pour les inciter à entrer dans le réseau.

##### 3.2.2.2 Informations financières

#### Texte du décret:

Il faudra maintenant déterminer «les dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat devra engager avant de commencer l'exploitation.» (Article 1<sup>er</sup>, 6/, alinéa 2 du décret.)

#### Commentaires:

Pour déterminer quels sont les renseignements requis, il est nécessaire de décomposer les deux parties de cet alinéa du décret.

Le texte cite tout d'abord «les dépenses et investissements *spécifiques* à la marque ou à l'enseigne».

Il est possible de conclure de la rédaction utilisée qu'elle permet de ne communiquer que le montant des frais relatifs à la licence de marque, à la location (ou à l'achat de l'enseigne), et aux documents publicitaires, sacs d'emballage et autres produits sur lesquels la marque du disclosant est apposée, à l'exception de tous les autres investissements et dépenses. Il aurait été préférable de parler de dépenses inhérentes au réseau, par exemple, cette notion étant plus large que la précédente.

Il semble cependant qu'en adoptant cette formulation, le rédacteur du texte n'ait voulu exclure de l'obligation de divulgation «que les seules dépenses et investissements que tout commerçant, appartenant ou non à un réseau, doit engager pour exercer son activité. Il en est ainsi des : droits au bail, assurances, frais de constitution d'une société, etc.

Le disclosant sera tenu, *a contrario*, de renseigner le disclosé sur tous les frais que lui imposera, de manière spécifique, l'appartenance à son réseau.

Il en sera ainsi, dans le cas d'un contrat de franchise, des droits d'entrée, prestations initiales du disclosant, frais d'installation et d'agencement du point de vente, matériels et équipements, stock initial, etc.

Le texte précise ensuite qu'il s'agit des «dépenses et investissements» que le candidat devra engager «avant de commencer l'exploitation».

Ainsi, l'obligation de divulgation ne vise que les dépenses et investissements initiaux. Les termes employés excluent du champ d'application de la disclosure les dépenses et investissements qui devront être engagés ultérieurement, après l'ouverture du point de vente.

Néanmoins, il est conseillé d'indiquer quelles seront les redevances versées en cours d'exploitation, puisqu'elles sont en principe déjà connues.

De même, il sera bienvenu pour une «Full Disclosure» de mentionner pour mémoire, tous les autres investissements et dépenses nécessaires à l'ouverture du point de vente, bien que n'étant pas inhérentes au réseau.

Le décret n'impose pas de fournir un compte d'exploitation prévisionnel au disclosé.

Dans l'hypothèse d'une remise de ces comptes aux disclosés, il est préférable que le disclosant en communique trois : un compte minimum, un compte moyen et un compte maximum.

### 3.2.2.3 Informations marketing

#### 3.2.2.3.1 État local du marché et perspectives de développement

##### Texte du décret:

Le disclosant devra présenter «l'état (général et) local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat, et des perspectives de développement de ce marché». (Article 1<sup>er</sup>, 4/, alinéa 2 du décret.)

##### Commentaires:

Pour les principes devant gouverner la rédaction de cette information, il convient de se reporter aux explications développées quant à la description de l'état général du marché et de ses perspectives de développement (section 3.2.1).

Le disclosant pourra faire appel aux services des Chambres de commerce locales, pour communiquer aux disclosés des renseignements relatifs à l'état local du marché.

#### 3.2.2.3.2 Établissements distribuant les produits ou services objet du contrat proposé dans la zone d'activité du disclosé

##### Texte du décret:

Le disclosant devra indiquer, «s'il y a lieu, la présence dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat proposé, de tout établissement dans lequel sont offerts, avec l'accord exprès de la personne qui propose le contrat, les produits ou services faisant l'objet de celui-ci». (Article 1, 5/, d/ du décret.)

##### Commentaires:

Cette disposition a pour but de permettre au disclosé de prendre connaissance de la concurrence existant pour la diffusion des produits ou services sous cette marque dans sa zone d'activité, pour laquelle il peut ou non bénéficier d'une exclusivité territoriale.

Premier cas de figure : une exclusivité territoriale est concédée au disclosé.

En dépit de cette exclusivité, le disclosé peut être soumis à une concurrence «intra-brand» (pour la même marque) sur son territoire.

Cette hypothèse ne peut se réaliser si, par exemple, le contrat proposé est un contrat de concession exclusive, car ce contrat garanti par définition le monopole de la revente dans un territoire déterminé.

Cependant, si le contrat proposé est un contrat de franchise, la situation du disclosé sera différente. En effet, pour de tels contrats, la clause d'exclusivité territoriale s'analyse comme celle par laquelle le franchiseur accorde au franchisé le droit exclusif d'utiliser, sur un territoire donné, ses signes distinctifs et son savoir-faire; mais le franchisé ne bénéficie pas obligatoirement d'un monopole de la revente.

Il ne sera certes pas exposé à la concurrence du franchiseur ou d'autres franchisés sur ce territoire, mais il pourra être confronté à une concurrence «intra-brand» émanant de cocontractants du franchiseur liés à ce dernier par

un contrat d'une nature juridique différente de celle du contrat proposé (principalement de la part de distributeurs multi-marques).

Dans ce cas, la présence de tels établissements devra être indiquée au disclosé.

Second cas de figure : le disclosé ne bénéficie pas d'une exclusivité territoriale.

La concurrence «intra-brand» résultera, dans la zone d'activité du disclosé, de la présence de cocontractants du disclosant pouvant être liés à ce dernier par un contrat d'une nature différente de celle du contrat proposé au disclosé, par exemple des distributeurs multi-marques, mais également par un contrat de même nature que celui dont la conclusion est envisagée. La présence de chaque établissement devra être mentionnée, la définition retenue de la zone d'activité devant être réaliste et sincère.

Mais que doit-on entendre par : indiquer «la présence [...] de tels établissements [...]»? Une interprétation restrictive du texte permettrait de ne donner que le nombre de ces établissements, par mode juridique d'exploitation. Une interprétation extensive imposera de communiquer également leurs adresses.

#### Exemple:

M. LAMPART sera franchisé exclusif MAILL'HAUT pour la ville de CANNES. Les produits MAILL'HAUT sont également offerts à la vente par deux distributeurs multi-marques sis respectivement : 3, rue des Braises à CANNES; et 56, rue du Soleil à CANNES.

En conclusion de ce chapitre, nous rappellerons aux disclosants qu'il convient de porter une attention toute particulière aux informations divulguées, compte tenu des sanctions applicables aux contrevenants.

### 3.3 Les effets de l'obligation d'information (Les sanctions)

L'article 2 du décret d'application prévoit que :

sera punie de peines d'amendes prévues pour les contraventions de la cinquième classe toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité sans lui avoir communiqué, vingt jours au moins avant la signature du contrat mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> de la Loi du 31 décembre 1989 susvisée.

En cas de récidive, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la cinquième classe sont applicables.

Cette disposition sanctionne pénalement le manquement par les personnes visées à l'article premier de la Loi Doubin à leur obligation de divulgation préalable (3.3.1).

Cependant, le texte reste silencieux sur les sanctions civiles qui découleront de ce manquement (3.3.2).

#### 3.3.1 Les sanctions pénales

##### 3.3.1.1 L'absence de document d'information

Le premier alinéa de l'article 2 du décret d'application définit le champ d'application des dispositions coercitives, les conditions de leur application et les peines applicables.

Le champ d'application du texte pénal est le même que celui visé par l'article 1<sup>er</sup> de la Loi du 31 décembre 1989.

Il y a donc lieu de se reporter à l'analyse ci-dessus.

Les conditions d'application des sanctions pénales sont au nombre de trois :

- il est nécessaire que le disclosé ait signé le contrat définitif;
- la seconde condition est alternative, le disclosant doit avoir omis de remettre à son cocontractant soit le document d'information prévu par la Loi Doubin, soit le projet de contrat;
- la troisième condition tient en ce que cette omission n'a pas été réparée vingt jours au moins avant la signature du contrat.

En d'autres termes, eu égard à la relative automaticité des peines contraventionnelles, il peut être considéré que tout retard dans la remise des documents prévus dans l'article premier de la Loi du 31 décembre 1989 entraînera des sanctions, dès lors que le Tribunal de police sera saisi.

Il va de soi cependant qu'un léger retard dans la remise des documents n'empêchera pas le juge, dès lors que ce retard n'est pas systématique, d'adapter la sanction à chaque situation, voire de ne prononcer qu'une peine symbolique en cas d'évidente bonne foi du disclosant. Cependant, le principe est que toute contravention encourt la totalité de la peine.

Les peines applicables à l'infraction de manquement à l'obligation d'information préalable sont, aux termes de l'article 2 du décret d'application, les peines d'amendes prévues pour les contraventions de la cinquième classe.

L'article R.25 du *Code pénal* dispose dans sa dernière rédaction que :

Les peines applicables aux contraventions de la 5ème classe sont une amende de 3 000 à 6 000 F inclusivement et un emprisonnement de dix jours à un mois ou l'une de ces deux peines seulement.

Le décret d'application se rapportant aux seules peines d'amendes, il n'y a pas lieu de tenir compte des peines privatives de liberté que n'encourt pas le contrevenant.

Le second alinéa de l'article 2 du décret d'application dispose que :

En cas de récidive, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la cinquième classe sont applicables.

La récidive suppose que la personne poursuivie, ici le disclosant, ait déjà fait l'objet d'une condamnation pour la même infraction.

L'amende en cas de récidive est comprise entre 6 000 francs et 12 000 francs.

Deux observations relatives au régime des contraventions s'imposent.

- En matière de contravention, l'élément moral de l'infraction n'est pas requis. En d'autres termes, peu importe que le disclosant ait été de bonne foi, la sanction lui sera applicable dès lors qu'il aura signé un contrat définitif sans avoir remis le document d'information et le projet de contrat vingt jours avant la signature du contrat.
- La règle du non-cumul des peines est sans effet sur les contraventions. Cela entraîne que le contrevenant peut être condamné à payer le montant des amendes sus-visé autant de fois qu'il aura signé des contrats sans avoir satisfait à son obligation d'information préalable.

Il en ressort que l'on ne saurait trop conseiller à toutes les personnes débitrices de l'obligation d'information de s'empressement de rédiger le document prévu par le décret d'application.

### 3.3.1.2 *La divulgation erronée*

Une seconde infraction, cette fois intentionnelle, peut être la conséquence de l'obligation de divulgation mise à la charge des franchiseurs, concédants et autres partenaires.

C'est l'hypothèse d'un document d'information contenant des informations non seulement erronées mais délibérément insincères. On peut en effet entrer ici dans la qualification de l'escroquerie telle que réprimée par l'article 405 du *Code pénal*.

Il est en effet possible de considérer que le document d'information remis au candidat constitue l'emploi de manoeuvres frauduleuses si le débiteur de l'information a sciemment remis un document inexact.

Il semble donc indispensable de s'entourer de prudence dans la rédaction du document d'information.

Ainsi, le décret d'application prévoit des sanctions pénales dans l'hypothèse de l'absence de divulgation, mais rien n'est dit, que ce soit dans la Loi ou dans le décret d'application, sur les conséquences civiles qu'entraîneraient l'absence de divulgation ou des informations erronées.

### 3.3.2 *Les sanctions civiles*

#### 3.3.2.1 *L'absence de divulgation*

Le disclosant encourt tout d'abord la nullité du contrat conclu en violation des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi du 31 décembre 1989, avec toutes les conséquences que cette nullité entraîne, dont la restitution des sommes à lui versées par le disclosé.

De plus, le disclosant, qui engage sa responsabilité contractuelle en omettant toute divulgation préalable, s'expose au paiement de dommages et intérêts à son cocontractant.

Ainsi, deux décisions jurisprudentielles ont prononcé la nullité de contrats de franchise en se fondant sans la moindre ambiguïté sur les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi Doubin.

La première d'entre elles, rendue par le Tribunal de commerce de Paris le 25 novembre 1991, est d'autant plus importante qu'elle appréhende des faits qui sont intervenus en janvier 1991, soit bien avant la sortie du décret d'application de la Loi.

Il était en effet reproché à un franchiseur d'avoir conclu à cette époque un contrat de franchise sans justifier d'avoir préalablement remis au candidat-franchisé concerné le projet de contrat, vingt jours avant sa signature, ni les autres informations prévues dans l'article 1<sup>er</sup> de la Loi Doubin. Il était également mentionné que la documentation remise par le franchiseur ne comprenait pas un certain nombre d'éléments repris dans le contrat et que, en conséquence, le consentement du franchisé n'avait pas été obtenu avec toutes les garanties nécessaires.

Ce jugement a été, à notre connaissance, le premier à puiser sa motivation de manière si éclatante dans l'existence de l'obligation d'information précontractuelle, dont le contenu n'avait pas encore été défini par décret, à l'époque des faits.

Plus récemment, le même Tribunal de commerce de Paris a rendu le 28 octobre 1992 un jugement prononçant la nullité d'un contrat de franchise, conclu trois semaines seulement après la sortie du décret d'application de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi, mais dont la conclusion n'avait pas été précédée de la remise du document d'information précontractuelle.

Le court délai qui s'était écoulé entre l'adoption du décret et la signature des conventions n'a pas été pris en compte par les juges consulaires, qui ont condamné le franchiseur au remboursement du droit d'entrée, des redevances payées, et au paiement de dommages et intérêts en raison de l'inutilité des investissements réalisés pour exploiter la franchise, et du préjudice subi du fait des travaux de réaménagement du magasin franchisé.

Un autre problème est celui de déterminer quelles peuvent être les conséquences civiles d'un retard de la divulgation; si par exemple celle-ci ne survient qu'une semaine avant la signature du contrat.

Dans cette hypothèse, le contrat encourt la nullité. Par ailleurs, il y a bien une faute du disclosant, mais le candidat devra démontrer que celle-ci est à l'origine d'un préjudice qu'il subit. Autrement dit, il devra prouver qu'il n'aurait pas signé le contrat ou en tout cas pas dans les mêmes conditions, s'il avait bénéficié du délai de réflexion légal.

### 3.3.2.2 La divulgation erronée

Il reste à examiner le cas de la remise en temps utile d'un document comportant des informations inexactes.

Il faut ici prendre en considération le degré de l'inexactitude des informations.

Si leur fausseté est telle qu'on peut croire qu'elle a déterminé le consentement du candidat, le contrat sera annulé pour vice du consentement.

Il s'agira d'une nullité pour erreur, si le disclosant était de bonne foi, pour dol s'il était de mauvaise foi. Par ailleurs, la responsabilité contractuelle de ce dernier sera appréciée diversement dans l'un et l'autre cas.

Si le document contenait des informations partiellement fausses sans que l'on puisse considérer que cette inexactitude a déterminé le candidat à contracter, la nullité du contrat ne pourra à notre avis être invoquée. Il restera à déterminer l'éventuelle responsabilité contractuelle encourue par le disclosant.

### 3.3.3 Conclusion

Reste à déterminer l'hypothèse de changements survenus entre le moment de la divulgation et la signature du contrat.

En effet, si une modification dans l'organisation du disclosant vient bouleverser l'équilibre contractuel, quelle serait sa responsabilité si ce dernier a tu des informations nouvelles au su desquelles le candidat n'aurait pas contracté?

Pour exemple, un franchiseur fusionne avec une entreprise concurrente dont plusieurs franchisés sont déjà installés sur le territoire dont on propose l'exclusivité au candidat. Le franchiseur doit-il informer le candidat de cette fusion? Mieux encore, le franchiseur doit-il informer le candidat d'un simple projet de fusion?

Il semble que dans ce cas, on soit sorti du champ des qualifications pénales dont on sait qu'elles sont d'interprétation stricte.

La nullité du contrat ne pourra survenir dans cette hypothèse que dans des cas marginaux.

En réalité, pour la mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle du disclosant, il convient de se reporter aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi du 31 décembre 1989.

Le disclosant doit donner des informations sincères permettant au candidat de s'engager en connaissance de cause.

Ainsi, la sincérité ne suffit pas et c'est la raison pour laquelle il est fortement conseillé de dépasser les termes du décret en donnant des renseignements complets; ce principe s'induisant directement de celui de la supériorité constitutionnelle de la Loi sur le décret.

Dès lors que les magistrats considéreront que le candidat ne s'est pas engagé en connaissance de cause, le disclosant pourra voir sa responsabilité engagée.

## 4. Responsabilité du franchiseur et du franchisé à l'égard des tiers

Notre société de consommation génère de plus en plus de demandes, d'offres, et par conséquent de dommages afférents.

À ce titre, le franchiseur peut voir sa responsabilité engagée à l'égard des tiers contractants du franchisé sur de nombreux fondements.

À titre d'exemple, si le franchiseur distribue un produit, il doit à l'acquéreur la garantie des vices cachés telle que due par tout vendeur.

En outre, sa responsabilité peut être retenue en cas de faute de sa part préjudiciable à un tiers : par exemple, s'il s'est abstenu de contrôler et de prévenir les agissements frauduleux d'un franchisé.

Seront abordés dans ce chapitre les efforts réalisés par le Conseil des Communautés européennes pour harmoniser les systèmes de responsabilité, tous complexes et différents au sein de chaque pays de la CEE. Les effets de cette action sur le système de la franchise seront étudiés.

Le 25 juillet 1985, est intervenue une Directive du Conseil<sup>6</sup> en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

Un projet est actuellement à l'étude, qui serait le pendant de la Directive de 1985, en matière cette fois de responsabilité du prestataire de services.

La Directive et le projet intéressent l'une comme l'autre le secteur de la franchise.

Par ailleurs, l'intégration verticale qu'opère le contrat de franchise pose le problème de la *solidarité* entre franchiseur et franchisé à l'égard des tiers. Nous examinerons cette question dans une seconde partie, la responsabilité solidaire étant une question débattue actuellement.

#### 4.1 La responsabilité vue par le Conseil des Communautés européennes

##### 4.1.1 La Directive n° 85/374 du 25 juillet 1985

La tendance actuelle est à la protection accrue des consommateurs. Le but du Conseil a été de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des états membres concernant l'indemnisation des victimes de dommages à leur personne et aux biens.

La directive déclare que le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit. Pour obtenir réparation, la victime est seulement obligée de prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage.

Le producteur encourt donc une responsabilité objective, en dehors de toute faute.

Est *producteur*, au sens de la directive, non seulement le fabricant d'un produit fini mais encore le producteur d'une matière première ou le fabricant d'une partie composante, et toute autre personne qui se présente comme

producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif.

Est défectueux un produit qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de sa présentation, de l'usage qui peut être raisonnablement attendu.

Les États membres devaient intégrer la Directive dans leur droit interne avant le 30 juillet 1988, ce qu'ont fait, de manière plus ou moins satisfaisante, la Grèce, le Royaume-Uni, le Danemark, le Luxembourg, le Portugal, la RFA et les Pays-Bas.

La France ne l'a toujours pas fait à ce jour, si bien que l'on s'interroge pour savoir si la Directive ne pourrait pas s'appliquer directement, en l'absence de loi conforme, aux produits mis en circulation après le 30 juillet 1988.

##### 4.1.2 Le projet de directive sur la responsabilité du prestataire de services

Il est apparu à la Communauté que le secteur des services était prépondérant. En effet, presque deux tiers de la population active travaille dans ce secteur. Chaque année, plus de la moitié de la valeur ajoutée produite au sein de la Communauté provient d'activités de services.

Il est indéniable que les services, au même titre que les produits, peuvent porter préjudice à l'intégrité physique des personnes ou bien à celles des biens matériels des consommateurs qui bénéficient desdits services.

La diversité actuelle des réglementations nationales fausse incontestablement le jeu de la concurrence dans la Communauté européenne. D'un pays à l'autre, les prestataires de services sont plus ou moins défavorisés par les lois internes, par les courants jurisprudentiels dégagés par les juridictions nationales.

Cette situation est source d'insécurité pour le consommateur et pour le prestataire de services qui, à juste titre, peut prétendre bénéficier des avantages du marché européen unique et unifié.

Pour les services, la Commission a renoncé à instaurer le principe d'une responsabilité objective qui régit la responsabilité du fait des produits défectueux.

Néanmoins, on peut considérer que la proposition de directive qu'a émis la Commission des Communautés européennes le 20 décembre 1990 est fortement inspirée de la directive du 25 juillet 1985 adoptée en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

6. N° 85/374/CEE.

Cette proposition concerne donc la responsabilité des prestataires de services.

Elle retient le principe de la responsabilité pour faute du prestataire, mais avec un renversement de la charge de la preuve en faveur de la victime.

Cette proposition prévoit que l'appréciation de la faute se fait en fonction du critère de l'attente légitime.

La victime est tenue de prouver le dommage (atteinte à la personne ou aux biens) et le lien de causalité entre la prestation de service et le dommage.

La circonstance que la charge de la preuve de la faute du prestataire soit renversée incitera sans aucun doute les prestataires concernés à renforcer tant les contrôles de qualité que les normes de sécurité actuellement appliqués.

En outre, la victime sera ainsi encouragée à exercer plus souvent un recours devant les tribunaux aux fins de faire valoir ses droits. Les victimes auront enfin plus de chance d'avoir un traitement égal et donc de percevoir une indemnisation plus homogène dans n'importe quel état membre de la Communauté.

La notion du service retenue par la Communauté est définie de manière résiduelle par rapport à la vente de produits.

La proposition couvre l'intégralité des services, sauf dérogations expresses. La seule exigence pour que le service entre dans le champ d'application de la directive est qu'il doit porter atteinte à la santé ou à l'intégrité physique des personnes ou à leurs biens matériels privés.

Quant à la définition du prestataire qui a été retenue, il s'agit de la personne physique ou morale qui fournit un service, au sens de l'article 2 de la proposition, dans le cadre de ses activités professionnelles.

La proposition prévoit dans sa rédaction initiale la responsabilité solidaire de toutes les personnes responsables du même dommage, question qui fait l'objet d'un débat en matière de franchise.

Cette question revêt une importance capitale en matière de franchise, puisqu'elle revient à éluder, comme nous allons le voir, la qualité de commerçant indépendant du franchisé.

#### 4.2 La question de la responsabilité solidaire du franchiseur et du franchisé

La responsabilité solidaire du franchiseur et du franchisé est déjà la règle en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

La Commission des Communautés européennes justifie cette responsabilité solidaire de la manière suivante : «Considérant que la situation du consommateur à l'égard du franchiseur donnant son nom à l'entreprise de services et du franchisé auquel il s'adresse, justifie une responsabilité solidaire du franchiseur, du franchisé et du principal franchisé».

Cette clause est particulièrement sévère pour le franchiseur et le franchisé. Certains ont réclamé sa suppression.

Le Conseil des Communautés européennes a émis tout récemment un nouveau projet dans lequel la responsabilité solidaire entre franchiseur et franchisé serait supprimée. Il semble qu'on puisse être optimiste quant au retrait de cette clause dont la sévérité est fort préjudiciable pour le franchiseur.

Cette modification est à saluer car elle allait à l'encontre du principe même de la franchise qui associe deux commerçants indépendants. Elle entraine ainsi d'une certaine manière en contradiction avec l'article 2 de la proposition qui limitait son application aux prestations réalisées «de manière indépendante».

Dans ces conditions, l'institution d'une responsabilité solidaire du franchiseur paraissait sans fondement. En effet, le franchisé ne peut être assimilé à un subordonné du franchiseur. Il est un commerçant indépendant à part entière et doit répondre de ses actes.

Il est d'ailleurs révélateur que soit intervenu en France, le 21 février 1991, un arrêté instituant l'obligation pour le franchisé d'afficher sa qualité de commerçant indépendant sur sa vitrine et ses documents commerciaux.

Cette reconnaissance officielle du statut d'indépendant du franchisé était à saluer puisqu'elle contribuait à identifier clairement le franchisé en tant que tel.

Le projet de directive tel qu'il était initialement rédigé constituait un argument de plus pour les détracteurs de la franchise qui persistent à voir entre franchiseur et franchisé des rapports de dépendance économique.

Outre le fait que cette vision de la franchise est tronquée, elle est aussi dangereuse. En effet, se refuser à considérer le franchisé comme un commerçant indépendant et responsable, c'est refuser le rôle de la franchise en tant qu'outil de développement des petites et moyennes - voire grandes -

entreprises. La proposition n'aurait fait que renforcer ce courant en rendant ainsi d'office le franchiseur responsable, en solidarité avec le franchisé.

Il est plus sain et réaliste de supprimer la responsabilité solidaire qui avait été initialement proposée de manière arbitraire par la Commission.

À titre d'exemple, en considérant que le principe de la responsabilité solidaire du franchiseur et du franchisé est abandonné, le franchisé qui n'aura pas respecté les normes du franchiseur sera seul responsable des dommages qu'il aura causés à l'occasion des prestations fournies au consommateur.

La responsabilité du franchiseur pourra en revanche être retenue, suite à un appel en garantie intenté par un franchisé, en cas d'absence de savoir-faire à l'origine du dommage.

Certaines causes du dommage se situant entre ces deux cas extrêmes rendront difficile l'appréciation respective des responsabilités. Il en sera ainsi en cas d'insuffisance du contrôle exercé par le franchiseur ou bien en cas de mauvaise sélection du franchisé.

En tout état de cause, il est préférable que la responsabilité automatique du franchiseur ait disparu et qu'il faille, au cas par cas, déterminer si la faute commise par le prestataire, le franchisé, peut être imputée (fut-ce en partie) au franchiseur.

Selon les termes de l'article 12.1 de la proposition, les états membres devraient se conformer à la directive avant le 31 décembre 1992. Cette perspective de mise en vigueur prochaine est ambitieuse et il est plus réaliste de prévoir une application dans le courant de l'année 1993.

## Bibliographie

### 1. Législation

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, J.O.C.E. 28 décembre 1988, n° L 359, p. 46.

Loi 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, J.O. 2 janvier 1990, p. 9.

Décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 [...], J.O. 6 avril 1991, p. 4644.

Directive n° 85/374/C.E.E. du conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, J.O.C.E. 7 août 1985, n° L 210, p. 29.

*Proposition de directive de conseil sur la responsabilité du prestataire de services*, Commission des Communautés européennes, 20 décembre 1990.

### 2. Doctrine

#### Ouvrages:

- Sur le Règlement d'exemption par catégorie relatif aux accords de franchise (n° 4087/88) du 30 novembre 1988 : O. Gast, *Les procédures européennes du droit de la concurrence et de la franchise*, Paris, Éditions Jupiter, 1989.
- Sur l'article 1<sup>er</sup> de la Loi Doubin et son décret d'application : O. Gast, *Le Guide pratique de la Loi Dubin*, Éditions Gast, 1991.

#### Articles:

- O. Gast, «La Commission de la C.E.E. veut-elle assassiner la franchise?» (28 juin 1985) *Les petites affiches*.
- O. Gast, «L'affaire *Pronuptia* ou le monde de la franchise soulagé» (30 avril 1986) *Les petites affiches*.
- O. Gast, «Affaire *Pronuptia* - Les franchiseurs respirent» (1986) 30 *Jours d'Europe*.

- O. Gast, «Bruxelles confirme Luxembourg» (12 août 1987) Les petites affiches.
- O. Gast, «Vers une réglementation communautaire» (18 juin 1988) MOCI, n° 799.
- O. Gast, «Affaire *Pronuptia*, mariage ou divorce du contrat de franchise avec le droit communautaire» Franchise Magazine, n° 39.