

DALLOZ

AffAIRES

Directeur de la rédaction : Louis Vogel

Rédacteur en chef : Alain Lienhard

ARTICLE

*L'affaire Phildar, ou le nouveau régime juridique
des clauses d'approvisionnement exclusif*, par Olivier Gast, p. 172.



CHRONIQUES

BAUX COMMERCIAUX ET FONDS DE COMMERCE

Déplafonnement : date de la modification notable, p. 178

CONCURRENCE (droits français et communautaire)

Franchise : validité des clauses d'approvisionnement exclusif, p. 179

CONSOMMATION

Crédit : défaut d'exécution du contrat principal, p. 181

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

Vices cachés : substitution de l'action estimatoire à l'action rédhibitoire, p. 182

CRÉDIT ET GARANTIES

Cession de créances : notification, p. 183

DISTRIBUTION

Agent commercial : commission, p. 184

DROIT PROCESSUEL

Enrôlement : responsabilité de l'huissier, p. 187

PROCÉDURES COLLECTIVES

Plan de cession : fonds de commerce, p. 188

PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

Logiciel : épuisement du droit de mise sur le marché, p. 189

SOCIÉTÉS ET AUTRES GROUPEMENTS

Société en nom collectif : liquidation judiciaire d'un ancien associé, p. 191

DALLOZ

L'AFFAIRE PHILDAR, ou le nouveau régime juridique des clauses d'approvisionnement exclusif

Olivier GAST,
avocat à la Cour

Le 17 juin 1996 a été rendue une décision qui était attendue avec impatience et quelque inquiétude par les franchiseurs français.

L'enjeu était en effet de taille : la Cour d'appel d'Amiens devait préciser, au terme d'une longue procédure judiciaire qui opposait la Sté Phildar à l'un de ses anciens franchisés, les conditions de validité d'une clause d'approvisionnement exclusif dans un contrat de franchise (V. le texte de l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens, *infra*, p. 179).

Or l'approvisionnement exclusif est une clause habituelle des contrats de franchise. Elle consiste, pour un franchiseur, à imposer à ses franchisés d'acheter exclusivement des produits fabriqués par lui-même ou par un fournisseur tiers, mais agréé par le franchiseur.

Elle a ses défenseurs, qui considèrent que le succès d'une franchise repose précisément sur la possibilité, pour le franchiseur, d'imposer aux franchisés l'achat des produits qu'il produit ou choisit ; mais elle a aussi ses détracteurs, qui estiment que cette clause heurte le principe d'indépendance des franchisés, et soulignent qu'elle est contraire au principe de la libre concurrence.

La question de la validité de ces clauses par rapport aux règles de la concurrence paraissait résolue depuis l'adoption, au niveau communautaire, du règlement d'exemption n° 4087-88, le 30 nov. 1988.

En vertu de l'art. 3-1 b de ce règlement, le fait d'imposer au franchisé de « vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués seulement par le franchiseur ou par des tiers désignés par lui » est licite, dans la mesure où cela est « nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé », « lorsqu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications objectives de qualité ».

Faisant écho à ces dispositions communautaires, la Cour d'appel de Douai avait jugé, dans l'arrêt *Phildar* en date du 5 déc. 1991, que la clause d'approvisionnement exclusif était valable, car « nécessaire pour préserver l'identité et la réputation du réseau de franchise Phildar ».

La Cour de cassation a pourtant cassé cet arrêt, estimant que la cour d'appel n'avait pas suffisamment expliqué en quoi la clause se justifiait par l'intérêt du réseau. Elle ne se contente donc pas de la justification générale,

abstraite, énoncée par les juges de Douai, mais subordonne désormais la justification de la clause à une démonstration concrète de son caractère indispensable pour le réseau.

C'est ce à quoi s'est donc livrée la Cour d'appel d'Amiens, statuant sur renvoi après cassation. Elle a bien conclu à la licéité de la clause, mais à l'appui d'une démonstration exhaustive de son utilité.

De par sa motivation, l'arrêt rendu à Amiens confirme qu'une obligation d'approvisionnement exclusif n'est pas licite en soi, mais qu'il appartient au franchiseur souhaitant l'imposer à ses franchisés, d'en prouver le caractère indispensable pour l'intérêt de son réseau. Une décision récente du Conseil de la concurrence témoigne de la même tendance à faire peser en la matière, la charge de la preuve sur le franchiseur. Le rapprochement de ces deux décisions est intéressant car il apporte par ailleurs des précisions quant aux produits susceptibles de faire l'objet d'une telle clause (II).

Il n'en demeure pas moins que ces décisions s'inscrivent dans la droite ligne des jurisprudences européenne et française, d'une part soucieuses d'éviter les pratiques anticoncurrentielles, d'autre part conscientes du caractère parfois indispensable de cette clause dans les contrats de franchise. Il convient donc de les replacer dans le cadre de la jurisprudence qui les a précédées, opérant une appréciation au cas par cas des clauses d'approvisionnement exclusif (I).

I. LE CADRE LÉGAL ET JURISPRUDENTIEL DES CLAUSES D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF

La validité d'une clause d'approvisionnement exclusif n'est pas systématiquement admise au regard de la réglementation européenne de la concurrence. Elle peut, en particulier, tomber dans le champ d'application de l'art. 85, paragr. 1, du Traité de Rome du 25 mars 1957 qui prohibe les ententes. En effet, un franchisé lié par un engagement d'approvisionnement exclusif échappe par définition aux producteurs non agréés par le franchiseur. Si ce dernier acquiert une part de marché importante, en raison du nombre ou de la taille des entreprises de son réseau, il en résultera une limitation sensible des débouchés au détriment des autres producteurs.

C'est la raison pour laquelle, la Cour de justice dans un premier temps, puis la Commission, ont dû dégager les clés d'appréciation d'une telle clause, qui sont aujourd'hui contenues dans le règlement du 30 nov. 1988 portant exemption de certains accords de franchise (A).

Par ailleurs, les dispositions européennes relatives à la concurrence étant directement applicables en droit français, les juges nationaux sont tenus d'en faire assurer le respect.

C'est donc, en conformité avec les principes dégagés au niveau communautaire que le Conseil de la concurrence, organisme compétent en France pour connaître en première instance des pratiques anticoncurrentielles, a lui aussi posé certaines conditions en matière d'approvisionnement exclusif (B).

A. LES RÈGLES EUROPÉENNES CONCERNANT LES CLAUSES D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF

1°) Art. 85 du Traité de Rome

Une clause d'approvisionnement exclusif est susceptible de se voir interdite par l'art. 85, paragr. 1, du Traité de Rome, qui dispose :

« sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

L'art. 85, paragr. 2, précise que « les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit ».

Mais la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, puis la pratique de la Commission, sont venues préciser progressivement dans quels cas les clauses d'approvisionnement exclusif étaient compatibles avec ces dispositions ou plus exactement à quelles conditions ces dispositions ne leur étaient pas applicables, et ce en vertu de l'art. 85, paragr. 3, du Traité, qui ajoute :

« toutefois, les dispositions du paragr. 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées,

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;

b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

Enfin, les accords de franchise bénéficient depuis 1988, en vertu de cet article, d'un règlement d'exemption par catégories. Ce règlement, aboutissement de la jurisprudence de la CJCE et de la pratique de la Commission, semble consacrer l'utilité des clauses d'approvisionnement exclusif dans le cadre des contrats de franchise.

2°) Énonciation des principes par la Cour de justice des Communautés européennes

L'arrêt *Pronuptia*, du 28 janv. 1986 (1), a été l'occasion pour la Cour de se prononcer pour la première fois sur la légalité des contrats de franchise, en l'espèce, un contrat de franchise de distribution. La Cour y a notamment pris position sur les clauses qui nous intéressent.

Après avoir mis en lumière tout l'intérêt qui s'attache, tant pour les franchiseurs que pour les franchisés, aux systèmes de franchise de distribution, la Cour précise aussitôt qu'un tel système n'est viable que si le franchiseur peut prendre « les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne ». Par conséquent, de telles mesures ne sont pas des restrictions de la concurrence au sens de l'art. 85, paragr. 1.

Suit une énumération de ces mesures, dont font partie les clauses « prescrivant au franchisé de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui ».

Leur raison d'être est que, grâce à elles, « le public pourra trouver auprès de chaque franchisé des marchandises de même qualité ».

Certes, il existe un autre mode de contrôle de cette qualité, qui consisterait pour le franchiseur à poser des spécifications de qualité objectives.

Mais la Cour admet que certains domaines d'activité excluent, de par leur nature, la formulation de telles spécifications : il en va par exemple ainsi du domaine de la mode, en continuelle évolution. Par ailleurs, elle recon-

naît que veiller au respect de ces spécifications peut, « en raison du grand nombre de franchisés, entraîner un coût trop élevé ».

Elle conclut donc de ces considérations qu'une clause d'approvisionnement exclusif « doit, dans de telles conditions, être considérée comme nécessaire à la protection de la réputation du réseau ».

Mais la Cour précise que la clause « ne peut aboutir à empêcher le franchisé de se procurer les produits auprès d'autres franchisés ». Cette interdiction, destinée à lutter contre le cloisonnement du marché, est constante en droit communautaire et se retrouve dans toutes les décisions de la Commission.

3°) Application des principes par la Commission

La Commission a été saisie à de nombreuses reprises par des entreprises désireuses de bénéficier de l'exemption posée par l'art. 85, paragr. 3. Compétente pour accorder cette exemption à titre individuel, la Commission a progressivement dégagé les critères d'appréciation des clauses d'approvisionnement exclusif au regard de l'art. 85, à la lumière des principes posés par la CJCE.

Dans les décisions *Pronuptia* et *Charles Jourdan*, (respectivement du 17 déc. 1986 (2) et du 2 déc. 1988 (3)), la Commission a mis l'accent sur la nature et la qualité des produits concernés. S'agissant d'articles de mode, elle a considéré que l'obligation faite au franchisé de commander ces articles uniquement aux franchiseurs et aux fournisseurs indiqués par celui-ci, relevait du « contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau symbolisé par l'enseigne », le but assigné à la clause étant de « préserver l'homogénéité de l'image de marque ».

La décision *Computerland*, du 13 juill. 1987 (4), reprend les mêmes fondements, mais en les complétant. Ainsi, la préservation de l'identité et de la réputation du réseau passe par le fait de permettre aux acheteurs d'obtenir « des produits de même qualité auprès de tous les franchisés » ; l'obligation permet d'éviter la vente de produits de moindre qualité, qui ternirait la réputation du réseau, et ce au détriment, non seulement du franchiseur, mais aussi des franchisés.

La nature des produits en cause – produits de la micro-informatique de qualité élevée – n'est pas omise dans la motivation de la Commission et sert à rejeter expressément le recours à des spécifications objectives de qualité : « compte tenu de la gamme étendue de produits offerts et de l'évolution technologique très rapide sur ce marché, il serait impossible de garantir le contrôle nécessaire de la qualité en fixant des critères objectifs de qualité que les franchisés pourraient eux-mêmes appliquer. En fait, l'établissement de normes objectives pourrait être préjudiciable à la liberté des franchisés de vendre les produits les plus récents sauf à actualiser continuellement les

critères de qualité, tâche trop fastidieuse, sinon impossible ».

L'obligation d'approvisionnement exclusif est également considérée comme une « forme de contrôle de la qualité », « nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise » dans la décision *Service Master* du 14 nov. 1988 (5). La Commission ajoute toutefois que l'obligation, en l'espèce, n'interdit pas aux franchisés « de se procurer du matériel et des produits de qualité équivalente auprès de fournisseurs tiers ». Les produits en cause – produits chimiques – répondant à certains critères objectifs tels que « la sécurité, l'absence de toxicité, la biodégradabilité et l'efficacité », il en résulte que le franchiseur ne doit pas « refuser d'agréer des fournisseurs proposés par les franchisés ».

La Commission est allée beaucoup plus loin dans sa décision *Yves Rocher* du 17 déc. 1986 où il n'est question ni de l'homogénéité – de l'image de marque ou des marchandises –, ni de l'identité et de la réputation du réseau. Conduite à apprécier l'obligation pour le franchisé de ne s'approvisionner qu'auprès de Yves Rocher ou des autres franchisés, elle considère de manière assez laconique que la clause d'approvisionnement exclusif « relève de la nature même de la formule de distribution » en cause (6). En d'autres termes, l'obligation d'approvisionnement exclusif relèverait de la nature même de la franchise.

De la pratique administrative de la Commission est né le règlement concernant l'application de l'art. 85, paragr. 3 du Traité de Rome à des catégories d'accords de franchise (7).

Dans ce règlement, qui résume la position de la Commission, les clauses d'approvisionnement exclusif ne sont pas permises de plein droit.

Le principe fondamental sur lequel se fonde le règlement émane directement de l'arrêt *Pronuptia* : une clause incluse dans un accord de franchise ne peut être considérée comme contraire à la concurrence si elle est indispensable à la protection du savoir-faire, à l'identité et à la réputation du réseau.

C'est ce qu'exprime l'art. 3-1 b) du règlement :

« le franchiseur peut imposer une obligation d'achat exclusif à ses franchisés, dans la mesure où cela s'avère nécessaire » pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle de celui-ci ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé », « lorsqu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications objectives de qualité ».

Il convient toutefois d'articuler cet article avec les dispositions de l'art. 5 points b) et c), qui prohibent le même approvisionnement exclusif lorsqu'il n'est pas justifié par l'absence de spécifications objectives (8). Lorsqu'il est possible de formuler de telles spécifications (cf. par exemple dans l'affaire *Service Master*) et que le franchisé est, mal-

2. JOCE L 13 du 15 janv. 1987, p. 39, pt. 23 ii.

3. JOCE L 35 du 7 févr. 1989, p. 31, pt. 28.

4. JOCE L 222 du 10 août 1987, p. 12, pt. 23 vi.

5. JOCE L 332 du 3 déc. 1988, p. 38, pt. 17.

6. JOCE L 8 du 10 janv. 1987, p. 49, pt. 45.

7. Règl. CEE n° 4087-88, JOCE L 359, 30 nov. 1988, p. 46.

8. Pour un commentaire approfondi des clauses du règl. CEE n° 4087-88, V. Olivier Gast, *Les procédures européennes du droit de la concurrence et de la franchise*, éd. EJA Jupiter, 1989.

gré cela, empêché de s'approvisionner en produits de qualité équivalente à ceux qui lui sont proposés par le franchiseur, l'exemption ne s'applique pas. De même dans un tel cas, le franchiseur ne saurait refuser, « pour des raisons autres que la protection des droits de propriété industrielle et intellectuelle du franchiseur ou le maintien de l'identité et de la réputation du réseau franchisé, de désigner comme producteurs autorisés des tiers proposés par le franchisé ».

Enfin, les points b) et c) de l'art. 5 renvoient à leur tour expressément à l'art. 2-e du règlement dont il doit également être tenu compte dans le cadre de l'appréciation d'une clause d'approvisionnement exclusif : cet article interdit aux franchisés de fabriquer, vendre ou utiliser des produits concurrents de ceux du franchiseur qui font l'objet de la franchise. Cela paraît normal : l'enseigne et la réputation du franchiseur ne sauraient profiter à un tiers concurrent. Mais cette interdiction ne porte que sur les produits objet de la franchise ; elle ne s'étend pas aux pièces de rechange ou accessoires de ceux-ci.

Les décisions nationales s'inspirent largement, et de l'art. 3-1 b) du règlement, et des principes dégagés par les autorités communautaires.

B. L'APPRÉCIATION NATIONALE DES CLAUSES D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF

Le Conseil de la concurrence est, en France, une autorité non juridictionnelle, mais qui a compétence pour connaître des ententes et des abus de position dominante (9). A ce titre, il est habilité à appliquer directement les art. 85, paragr. 1 et 2, et 86 du Traité de Rome. Il peut donc, cumulativement, se prononcer aussi bien sur la base du droit français – art. 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986 – que sur la base des art. 85 et 86 du Traité de Rome.

En revanche, l'appréciation relative à l'art. 85, paragr. 3, relève de la compétence exclusive de la Commission.

Dans deux décisions en date du 24 mai 1994, relatives à des systèmes de franchise dans le domaine des services de coiffure, le Conseil de la concurrence, adoptant l'argumentation de la Commission, s'est appuyé sur les principes communautaires pour déclarer valides les clauses d'approvisionnement exclusif.

Il a ainsi décidé que « les produits utilisés dans les salons de coiffure (en cause) sont un facteur de transmission aux franchisés du savoir-faire du franchiseur et participent au développement de la notoriété de la marque et de l'enseigne ».

9. Le Conseil de la concurrence n'a pas une compétence exclusive pour le contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Le juge répressif, ainsi que le juge civil ou commercial, peuvent également en connaître, par exemple dans le cadre d'une action en annulation d'une clause d'approvisionnement exclusif. Toutefois, les décisions du Conseil de la concurrence sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris, dont les arrêts peuvent eux-mêmes faire l'objet d'un pourvoi en cassation. La Cour de cassation est donc, en dernier ressort, gardienne de l'unité de la jurisprudence relative à l'ord. n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence.

L'utilisation de ces produits, par ailleurs insusceptibles de faire l'objet de spécifications objectives de qualité, s'avère donc « indispensable à la bonne mise en œuvre du savoir-faire » et peut valablement faire l'objet d'une obligation d'achat exclusif.

II. VALIDITÉ DES CLAUSES D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF EN FRANCE, DEPUIS L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 10 JANVIER 1995

Les récentes décisions rendues par les juridictions françaises dans les affaires *Phildar* et *Zannier* (10) constituent un apport important dans l'interprétation de la lecture combinée des différents articles du règlement communautaire concernant les clauses d'approvisionnement exclusif. Leur rapprochement permet en effet d'esquisser une distinction entre produits accessoires et autres produits objet de la franchise, au sens de l'art. 2-e dudit règlement.

A. L'AFFAIRE PHILDAR

1°) Les faits

Depuis 1955, la Sté Phildar développe, par le biais d'une franchise de distribution, le secteur traditionnel du fil à tricoter, bas-collants, chaussettes et produits connexes auxquels sont venus ces dernières années s'ajouter des articles de lingerie féminine et des pulls prêts à porter.

Les contrats de franchise qui l'unissent à ses franchisés imposent à ces derniers, en termes généraux, de ne vendre dans leur magasin que des produits de la marque Phildar.

L'une des franchisés, en proie à de graves difficultés financières, avait sollicité de la Sté Phildar l'autorisation de commercialiser dans sa boutique des produits d'une autre marque. Bien que n'ayant pas obtenu cette autorisation, elle décidait néanmoins, au mépris de ses engagements contractuels, de créer au sein de son magasin Phildar, un rayon de vêtements de la marque Naf-Naf.

La Sté Phildar lui ayant fait sommation de cesser immédiatement ces agissements, de nature à porter atteinte à l'image de marque du réseau, elle décidait alors d'introduire une action contre son franchiseur, en nullité de la clause d'approvisionnement exclusif de son contrat et en réparation de son préjudice.

2°) La procédure

Ayant vu ses demandes rejetées en première et en deuxième instances (11), la franchisée s'est alors pourvue

10. V. note 14.

11. T. com. Roubaix, 25 avr. 1991 ; CA Douai, 5 déc. 1991.

en cassation. Parmi les moyens invoqués, cinq au total, l'un mettait en cause l'argumentation retenue par la Cour d'appel de Douai pour justifier la clause d'approvisionnement exclusif.

Selon ce moyen, la cour d'appel, en énonçant abstraitement que l'obligation de fourniture exclusive était valable parce que nécessaire pour préserver l'identité et la réputation du réseau de franchise, sans constater ni préciser en quoi elle était effectivement indispensable, mais en déclarant simplement qu'une telle stipulation était rendue indispensable par la nature même de la formule de distribution en cause, avait violé l'art. 85 du Traité de Rome et l'art. 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986.

En dépit de toute attente – la formule de la cour d'appel étant en tout point conforme à celle retenue par la Commission dans la décision *Yves Rocher* –, la Cour de cassation a accueilli ce moyen et requis de plus amples précisions sur la justification de la clause (12) :

« Attendu que pour prononcer la résiliation du contrat de franchise aux torts de Mme Daubresse et la condamner à payer des dommages et intérêts à la Sté Phildar, la cour d'appel énonce que "l'obligation de fourniture exclusive imposée au franchisé Phildar est valable dans la mesure où elle est nécessaire pour préserver l'identité et la réputation du réseau de franchise Phildar ; elle relève de la nature même de la formule de distribution en cause" ;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à démontrer concrètement en quoi la clause litigieuse était indispensable pour préserver l'identité et la réputation du réseau de franchise, la cour d'appel a violé (l'art. 455 NCPC) ».

3°) La portée de l'obligation de motivation

La Cour d'appel d'Amiens a abondamment motivé la nécessité d'insérer une clause d'approvisionnement exclusif dans le contrat de franchise qui unissait Phildar à ses franchisés.

Avant d'examiner ses motifs, qui sont très proches de ceux retenus par les autorités communautaires, une brève remarque s'impose, relative à l'obligation désormais faite aux juges du fond de « décortiquer » un accord de franchise aux fins de voir si la clause d'approvisionnement exclusif qu'il contient est indispensable à l'intérêt du réseau.

Le Cour d'appel de Douai s'était largement inspirée de la formule de la décision *Yves Rocher* et de celle du règlement d'exemption, faisant référence à la fois à l'identité et à la réputation du réseau, et à la nature même de la formule de distribution en cause.

Or la Cour de cassation a relevé un défaut de motifs. Ce faisant, elle a imposé aux juges du fond une recherche systématique de l'intérêt du réseau, apportant ainsi un éclairage nouveau à l'art. 3-1 b) du règlement (13).

La Cour de cassation rejette donc toute automacité entre franchise et exclusivité d'approvisionnement. Mais sa rigueur nouvelle est-elle justifiée ? Rien n'est moins sûr.

En effet, cette exclusivité participe, le plus souvent et avec un caractère d'automacité, à l'essence même d'un réseau de franchise. En particulier, elle est synonyme pour le franchiseur de prévisibilité et de protection ; elle est rassurante car elle lui garantit des débouchés pour ses produits. D'autre part, elle profite aussi aux franchisés du réseau : ceux-ci sont assurés que leur propre travail ne sera pas indirectement remis en cause par un franchisé limitrophe vendant des produits concurrents et dévalorisants pour la marque, lesquels créeraient une confusion dans l'esprit des consommateurs.

Plus fondamentalement, l'exclusivité d'approvisionnement n'est pas sans contrepartie pour le franchisé : le franchiseur lui apporte son savoir-faire, la réputation de sa marque et des méthodes de succès. En échange, et tant que ses prix demeurent concurrentiels, il est en droit de rester maître des produits vendus. En imposant un approvisionnement exclusif, il stimule la réussite de son réseau et la sauvegarde de son image de marque.

La Cour de cassation ne dit certes pas le contraire. Mais sa rigueur nouvelle en matière de preuves et sa lecture surenchérie du règlement d'exemption semblaient menacer, à l'avenir, bon nombre de clauses d'approvisionnement exclusif. Certains franchiseurs craignaient que leurs franchisés tirent parti de cet arrêt pour vendre, sous leur enseigne, les produits de leurs concurrents.

Finalement, l'arrêt rendu le 17 juin dernier est plutôt rassurant. Certes, les clauses d'approvisionnement exclusif doivent être justifiées. Mais la justification retenue par la cour d'appel, bien que très fouillée, ne comporte pas d'innovation majeure, ni d'exigence supplémentaire par rapport à la jurisprudence étudiée ci-dessus.

4°) La motivation de la Cour d'appel d'Amiens

Etant priée d'examiner la validité de la clause litigieuse au regard de l'art. 85 du Traité instituant la Communauté européenne, la cour d'appel commence par rappeler le contenu du premier paragraphe de cet article, ainsi que de l'art. 3-1 b) du règl. CEE n° 4087-88.

Les deux arguments qu'elle met ensuite en œuvre ne sont pas nouveaux.

Le premier rappelle celui développé par le Conseil de la concurrence dans ses deux décisions relatives aux franchises de coiffure. Il consiste à démontrer que le savoir-faire du franchiseur réside précisément dans le choix exigeant des produits ou de leurs composants.

Le second repose plus classiquement sur la nature des produits en cause et l'étendue du réseau, dont il résulte que des spécifications objectives de qualité ne peuvent ni être définies, ni être imposées.

En revanche, il n'est nullement fait mention, dans l'arrêt de la cour, d'une quelconque distinction entre produits accessoires et produits essentiels de la franchise. La requérante soutenait pourtant que la clause d'approvisionnement exclusif était formulée en termes trop géné-

12. Cass. com., 10 janv. 1995, *Gaz. Pal.* 1995, 2, *Jur.*, p. 502 ; *RJDA* 1995, n° 561.

13. Les clauses d'approvisionnement exclusif sous haute surveillance, Olivier Gast, *Petites affiches* 5 mai 1995, n° 54, p. 13.

raux et couvrait indûment des produits qui n'étaient pas l'objet de la franchise. Ce faisant, elle visait notamment les articles de lingerie, plus récemment commercialisés au sein du réseau Phildar, qu'il y avait lieu selon elle de distinguer des « fil à tricoter, maille, chaussettes, bas, collants », produits plus traditionnels du réseau.

La cour d'appel, jugeant sans doute, ainsi que l'y incitait la défense de la Sté Phildar, que l'assortiment de produits proposé par le réseau Phildar restait cohérent – par rapport à la cible consommateur visée, à la complémentarité des produits entre eux, à l'enseigne et l'image du réseau –, n'a pas estimé devoir opérer la distinction à laquelle l'invitait le franchisé.

Le Conseil de la concurrence, lui, a en revanche opéré une distinction entre les différents produits sur lesquels portait la clause d'approvisionnement exclusif.

B. L'AFFAIRE ZANNIER (14)

C'est le Conseil de la concurrence qui, en l'espèce, était chargé d'examiner la conformité d'un contrat de franchise avec les dispositions de droit interne prohibant les ententes, à savoir l'art. 7 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986 (15).

A cette occasion, il nous offre une analyse intéressante d'une clause d'approvisionnement exclusif, en précisant notamment les produits auxquels une telle clause peut s'appliquer.

La Sté Zannier exploitait une franchise de distribution dans le domaine de l'industrie textile, et plus précisément dans le domaine des vêtements pour enfants.

Ses contrats types de franchise prévoyaient que « la totalité des achats et fournitures (du franchisé) sera effectuée auprès de la Sté Zannier SA ou auprès de fournisseurs agréés par la Sté Z Groupe Zannier ». Les contrats comportaient en annexe la liste des fournisseurs agréés, libellée de la manière suivante : « Pour l'impression de vos documents... ; pour votre matériel de magasin... ; pour vos boîtes cadeaux... ; pour vos caisses enregistreuses... ; pour votre imprimante Minitel... ; pour vos calicots... ». Les contrats, prévoyant l'actualisation régulière de cette liste, ne prévoyaient en revanche pas la possibilité, pour le franchisé, de solliciter l'agrément d'un fournisseur autre que ceux figurant sur la liste.

Le Conseil de la concurrence, se référant tant au « droit interne » qu'aux « règles dégagées au plan communautaire », rappelle qu'une telle clause n'est valable « qu'autant qu'il est prouvé qu'il n'est pas possible, en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications de qualité objectives ».

A ce stade de son raisonnement, le Conseil de la concurrence opère une distinction entre deux types de produits, dont le franchiseur impose l'achat exclusif.

Cette obligation concernait en effet non seulement les vêtements pour enfants, objet même du contrat, mais éga-

lement les caisses enregistreuses, les éléments publicitaires et même l'aménagement du magasin.

A cet égard, le Conseil de la concurrence a reproché au groupe Zannier de ne pas prévoir la possibilité pour les franchisés de solliciter l'agrément d'un fournisseur autre que ceux figurant sur la liste.

En conséquence, la clause d'approvisionnement exclusif figurant dans chacun des contrats types, en tant qu'elle concernait les articles qui sont mentionnés en annexe au contrat de franchise, a été déclarée contraire aux dispositions de l'art. 7 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986.

Le Conseil a souligné qu'elle avait « pour effet de limiter la liberté commerciale des franchisés au-delà de ce qui était nécessaire au maintien de l'identité commune du réseau et de restreindre la concurrence que pouvaient se faire les franchisés sur la même zone de chalandise, en limitant leurs sources d'approvisionnement et les conditions de celui-ci ». Par ailleurs, cette obligation « a pu avoir pour effet de limiter la concurrence sur les marchés de ces produits ».

Le Conseil a noté enfin que certains de ces produits étaient indispensables à l'exercice d'un commerce (par exemple les caisses enregistreuses) ; quant à ceux qui ne l'étaient pas (tels que les cadeaux remis à la clientèle), le Conseil maintient que l'obligation pour les franchisés de s'adresser, le cas échéant, aux entreprises désignées par le franchiseur, limitait leur autonomie au-delà de ce qui est indispensable pour assurer l'identité du réseau.

En conclusion, si les franchiseurs sont désormais astreints, en France, à une motivation plus développée de leurs clauses d'approvisionnement exclusif, celles-ci n'en seront pas moins appréciées en vertu des mêmes critères que ceux dégagés au niveau communautaire, et qui peuvent se résumer ainsi :

Les clauses d'approvisionnement exclusif doivent être rendues nécessaires par :

- soit l'impossibilité de définir des spécifications de qualité objectives, en raison de la nature du produit en cause ;
- soit l'impossibilité d'imposer de telles spécifications, ou d'en assurer le respect, en raison de l'étendue du réseau et du coût élevé que représenterait un contrôle satisfaisant de la qualité.

Elles doivent en outre être justifiées par :

- soit la nécessité de protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ;
- soit le maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau. Ces notions recouvrent, selon les décisions, l'homogénéité de l'image de marque du réseau ou la constance de qualité des marchandises, au profit tant des franchisés que du franchiseur.

Enfin, ces clauses doivent être limitées aux produits objet de la franchise : ceux-ci peuvent être très diversifiés (décision *Phildar*), dès lors qu'ils présentent entre eux une certaine cohérence. Mais de telles clauses ne sauraient s'étendre à des produits qui ne contribuent pas à l'image et à l'identité commune du réseau (il en va ainsi de produits purement utilitaires tels que des caisses enregistreuses), ni à des produits qui se prêtent à des spécifications objectives de qualité (décision *Zannier*).

14. Décis. n° 96-D-36, 28 mai 1996, relative à des pratiques relevées dans le réseau de franchise de vêtements pour enfants de la marque Z.

15. La rédaction de l'art. 7 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986 est très voisine de celle de l'art. 85 du Traité de Rome.