

# La clause d'exclusivité territoriale est-elle essentielle ?

*La clause d'exclusivité territoriale, aux termes de laquelle le franchiseur concède au franchisé le droit exclusif d'exploiter la franchise dans une zone géographique déterminée et ne s'engage ni à s'y implanter lui-même, ni à autoriser un autre franchisé à le faire, est-elle une stipulation essentielle d'un contrat de franchise ? La réponse à apporter à cette question invite à s'interroger : sur la définition même du contrat de franchise ; sur le régime juridique de la clause d'exclusivité territoriale en droit français et en droit européen.*

L'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes, rendu le 28 janvier 1986 dans l'affaire Pronuptia, a bousculé la doctrine française.

La CJCE a rappelé que la franchise « n'est pas un mode de distribution, mais une manière d'exploiter financièrement un ensemble de connaissances ».

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

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

Il semblerait que les magistrats européens, pour rectifier le cap, et certes influencés par le lobbying

(1) Voir *Lamy commercial* numéro 2472 où les auteurs traitent du sujet en employant systématiquement *contrat de concession et de franchisage*.

(2) USA (loi full disclosure), Japon, Australie (un projet de loi est en train d'être voté, Canada (Etat d'Alberta).

(3) *Gazette du palais* (20 septembre 1986) "La franchise, la confiance et la raison", Thieffry.

(4) Olivier Gast: "Comment négocier une franchise", éditions de l'Usine Nouvelle (1983); RTD com. 1982, Olivier Gast "Aperçu général de la loi américaine sur le franchising".

(5) *Projet de franchise 220 000. Enquête probatoire Afnor*, numéro 3057.

américain, aient justifié leur décision en introduisant le principe américain de la "règle de raison" (3), permettant ainsi de créer autour du concept de la franchise un "havre de grâce" juridique échappant aux réglementations traditionnelles car, "per se", on considère la franchise comme devant être sauvegardée en tant que système bon pour l'entreprise et pour la création d'emploi.

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

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

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

En effet, puisque la franchise est un système de distribution, et qu'il fallait réglementer le contrat de franchise, comment réglementer ce contrat sans avoir à appré-

hender tous ses aspects juridiques, et éviter ainsi une tâche colossale? L'issue par laquelle les auteurs du projet de norme ont cru pouvoir s'échapper, était de procéder à une analyse du contrat de franchise qui élude certaines difficultés inhérentes aux relations franchiseur-franchisé et, en revanche, saisir des situations non-spécifiques de la franchise.

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

En revanche, s'ils avaient considéré la franchise comme un "produit financier", ils auraient pu sereinement définir les dangers de la franchise et, suivant les exemples Américains, Japonais, Australiens, Canadiens, calquer les normes Afnor sur une protection préventive du candidat franchisé, comme la COB (Commission des Opérations de Bourse) contrôle que toute société désirant entrer sur le marché boursier affiche "patte blanche" (7) (8).

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

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

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

(6) *Nouvelles approches de la franchise commerciale*, J.-M. Leloup, JCP commerce et industrie, cahier de droit de l'entreprise, 25 juin 1986, numéro 27.

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

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

(9) *Lamy Commercial*, numéro 3513.

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

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

## La définition du contrat de franchise

● **Le contrat de franchise est un contrat innomé** (leçons du droit civil, T3, 2<sup>ème</sup> vol. Mazeaud, par de Juglart, 6<sup>ème</sup> édition, n° 748). Il est dépourvu de définition légale.

Ce contrat a seulement fait l'objet d'un arrêté de francisation en date du 29.11.1973 (JO 3/1/74) qui en donne la définition suivante: «Contrat par lequel une entreprise concède à des entreprises indépendantes, en contrepartie d'une redevance, le droit de se présenter sous sa raison





sociale et sa marque pour vendre des produits et services. Ce contrat s'accompagne généralement d'une assistance technique». En l'absence de texte, il convient de rechercher dans la jurisprudence et dans la doctrine des éléments de définition.

#### ● La jurisprudence

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

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

**Arrêt du 28 avril 1978 :**  
*«Considérant que le franchising se définit comme une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première, propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connue, de sigles, symboles, marques de fabrique, de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir-faire particulier, met à la disposition de l'autre le droit d'utiliser, moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques, pour l'exploiter obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, mises au point, et périodiquement recyclées d'une manière exclusive, afin de réaliser un meilleur impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées; que ce contrat peut être assorti d'une aide industrielle, commerciale ou*

*financière permettant l'intégration, dans l'activité commerciale, du concédant-franchiseur ou d'un certain contrôle du franchiseur à l'égard du franchisé initié à une technique originale et à un savoir-faire hors du commun, permettant le maintien de l'image de marque du service ou du produit vendu et le développement de la clientèle à moindre coût et avec une plus grande rentabilité pour les deux parties, qui conservent juridiquement une indépendance totale».*

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

**Arrêt de Colmar, 9 juin 1982 :**  
*«Considérant qu'un contrat de franchise doit comporter la mise à la disposition du franchisé par le franchiseur d'un nom commercial, de sigles et symboles, d'une marque, ainsi que d'un savoir-faire et d'une collection de produits et services offerts d'une manière originale et spécifique, et exploités suivant des techniques commerciales uniformes préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées»,* ou même l'excluent expressément: Cour d'appel de Paris 10 mars 1978 (CDE 1978.6) confirmé par la Cour de cassation et la Chambre de Commerce 28 janvier 1980 (JCP 1981, II 19533).

On relèvera au passage que les différentes décisions citées par une doctrine minoritaire comme consacrant la nécessité d'une exclusivité territoriale dans le contrat de franchise, concernent en réalité des contrats de concession (ex. Tribunal du commerce, Paris 4/8/76; cass. com. 29/11/83) Cf. Lamy commercial, numéro 3513.

La jurisprudence communautaire. La Cour de Justice des communautés européennes a eu à connaître récemment du contrat de franchise dans l'affaire Pronuptia (affaire 161/84, C.J. 28 janvier 1986). La définition qu'elle y donne du contrat de franchise ne mentionne pas l'octroi au franchisé d'une exclusivité territoriale : «... les contrats de franchise de distribution en vertu desquels le franchisé se borne à vendre certains produits dans un magasin qui porte l'enseigne du franchiseur (att. 13)...». «Dans un système de franchises de distribution tel que celui-là, une entreprise, qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales, accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances.

Ce système ouvre par ailleurs à des commerçants, dépourvus de l'expérience nécessaire, l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe. Les contrats de franchise de distribution se différencient en cela des contrats de concession de vente ou de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective qui ne comportent ni utilisation d'une même enseigne, ni application de méthodes commerciales uniformes, ni paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis. Un tel système, qui permet au franchiseur de tirer partie de sa réussite, ne porte pas atteinte en soi à la concurrence».

L'exclusivité territoriale, comme on le verra plus loin, est même jugée par la Cour comme étant d'une licéité douteuse au regard de l'article 85.1 du traité de Rome (attendu 24 s).

On citera, dans le même sens, une réponse de la commission des Communautés européennes à une question écrite parlementaire: «Le franchising ou franchisement, auquel se réfère l'honorable parlementaire, est une technique commerciale qui recouvre diffé-

rentes formes de coopération entre entreprises indépendantes. Originaire des Etats-Unis, il connaît un certain développement dans les Etats-membres».

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

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

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

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

La commission suit toutefois avec intérêt les efforts déployés par certaines associations professionnelles dans le but d'harmoniser le contenu des accords de franchising qui ne tombent pas dans le champ d'application des règles de concurrence, tels qu'ils se concrétisent notamment dans le code de déontologie européen de la franchise qui vient d'être adopté par la Fédération euro-

d'ailleurs pas manqué de relever que les fleuristes Interflora ne bénéficiaient d'aucune exclusivité géographique. En revanche, la licence de marque, jointe à la fourniture par le franchiseur au franchisé, d'un savoir-faire et d'une assistance commerciale nous paraissent constituer les éléments essentiels de la construction juridique», (voir aussi Guyon, "Droit des affaires", tome 1, 4<sup>ème</sup> édition,



péenne du franchising» (Joce Luxembourg n. C 131, 2 juin 1980, pp. 33-34).

#### ● La doctrine

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

«La situation est toute autre en ce qui concerne le franchisé. Tout d'abord, on remarquera que l'exclusivité territoriale, dont il bénéficie souvent, ne constitue nullement un trait caractéristique du contrat qui peut parfaitement se concevoir sans exclusivité. Tel était précisément le cas en l'espèce et la Cour d'appel n'avait

n° 835 - "Plaisant", jurisclasseur marques fasc. F13A, 1984, n° 51s, Burst et Chavanne, "Droit de la propriété industrielle", Dalloz, n° 771).

#### ● Divers

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

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



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

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

### ● Droit européen de la concurrence (art. 85 et 86 du traité de Rome).

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

Elle est condamnée lorsqu'elle emporte une protection territoriale absolue du distributeur (Grundig aff. 56 et 58/64, CJCE 13.7, Rec. 1966. 429, Miller international aff. 19/77, CJCE 1.2.78, Rec. 1978.131, Theals Watts aff. 28/77, CJCE 28/6/78, Rec. 1978 1391, etc.).

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

L'exclusivité territoriale simple peut toutefois bénéficier d'une exemption sur le fondement de

l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE. Mais le contrat doit alors être notifié à la commission des communautés européennes. Le contrat de franchise n'a pas encore fait, en effet, l'objet d'un règlement d'exemption par catégories qui dispenserait les entreprises de l'obligation de notifier leurs contrats. Or, la Cour de Justice dans l'arrêt Pronuptia, a déclaré que le règlement n° 67/67, concernant les contrats de concession exclusive, n'était pas applicable au contrat de franchise (att. 28s). La même solution doit donc être admise a fortiori pour les règlements, qui ont remplacé le règlement n° 67/67, à savoir les règlements n.1984/83 et 1983/83 du 22 juin 1983.

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

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

### ● Droit français de la concurrence (art. 50 et 51 de l'ordonnance N.45 - 1483 du 30 juin 1945).

A l'instar de la jurisprudence communautaire, la commission condamne les clauses qui réalisent un partage territorial du marché: Fiorio (avis du 8.11.1874); détenteurs de bancs bee line (avis du 17.12.1976); marché des appareils électroménagers et

électroacoustiques (avis du 27.09.1979). Cette solution est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui estime que le fait d'accorder une concession de vente, conférant au concessionnaire une protection territoriale absolue, aboutit à supprimer toute concurrence dans le secteur considéré et procède, en conséquence, «d'une limitation volontaire de la concurrence que condamne la législation économique». (Cass. comm. 21.03.1972, JCP 1972 II 17221).

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

Il est possible de conclure que:

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

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

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

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

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

**Maître Olivier GAST**  
**Avocat à la Cour de Paris**  
**GAST & DOUET**