



La Lettre Euro

Lettre européenne des réseaux commerciaux

1^{ER} TRIMESTRE 2002

OPPOSITION RÉPUBLICAINE

Depuis plusieurs années déjà, j'étais choqué par le décalage qu'il y avait entre le discours de la F.F.F. concernant le fameux Code de Déontologie et son application concrète.

Il ne suffit pas, en effet, d'avoir institué un Code de Déontologie si ceux-là même qui président aux destinées de la F.F.F. ne le respectent pas !

Or, si l'on peut saluer la présidence de Monsieur JAMBON, ne doit-on pas déplorer des épisodes moins glorieux ?

Ainsi, comment faire comme si de rien n'était, après l'affaire pénale ELMALEK en 1995 et l'affaire ACCOR actuellement, sans compter l'affaire KAHN en 1987.

Depuis des décennies, les ordres professionnels, comme ceux des médecins, des architectes ou des avocats, veillent au respect de la déontologie et ils disposent, pour cela, d'un pouvoir disciplinaire qui leur permet de prononcer des sanctions pouvant aller jusqu'à celle de la radiation.

Un Code de Déontologie ne peut en effet se comprendre et se concevoir que s'il y a sanction, en cas de non-respect.

Or, le Code de Déontologie n'est même pas respecté par ses propres dirigeants !

Le Président LENORMAND aurait dû peut-être donner sa démission ?

Il ne faudrait pas que ce Code de Déontologie devienne une illusion d'éthique.

Et l'on ne saurait user d'un terme si fort tout en le galvaudant.

Ainsi et en quittant la F.F.F., ne pouvant rien changer de l'intérieur, j'ai préféré rentrer dans l'opposition républicaine, au sens où l'entendaient les Anciens !

Souvenons-nous, en effet, que César était si exigeant avec lui-même qu'il disait que même sa femme devait être irréprochable !

O. G.

WHO WILL BE IN THE DRIVER'S SEAT ? (QUI SERA DANS LE SIÈGE DU CONDUCTEUR ?)

Le 5 février dernier, la Commission Européenne a rendu public le projet de nouveau règlement d'exemption applicable au secteur automobile.

Le Commissaire européen M. Mario MONTI a affiché la volonté de la Commission de privilégier le consommateur, qui sera "dans le siège du conducteur". (I) "Les consommateurs ne tiraient pas assez d'avantages du régime actuel de distribution qui constituait un carcan. Nous proposons d'éliminer ce carcan grâce à une nouvelle méthode qui doit garantir une concurrence accrue tant pour la vente que pour l'après-vente", a souligné Mario Monti (Les Echos, 6 février 2002).

Le contenu de ce nouveau projet ne fait cependant pas l'unanimité auprès des professionnels du secteur automobile. De vives critiques ont été déjà formulées, tant par les juristes, que par les industriels (II).

I. LES GRANDES LIGNES DU PROJET

La Commission fait primer l'approche libérale, semblable à celle adoptée dans le cadre du règlement applicable aux accords verticaux (Règlement du 22 décembre 1999). Le projet proposé par la Commission ne prescrit pas de modèle unique figé pour la distribution automobile, mais laisse un ensemble de possibilités aux constructeurs automobiles, distributeurs et concessionnaires.

CHAMP D'APPLICATION. Le règlement a vocation à s'appliquer aux accords verticaux concernant les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des véhicules automobiles, des pièces de rechange ou des services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles.

Il s'applique également aux accords verticaux contenant des dispositions concernant

la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente des véhicules automobiles, pièces de rechange ou réparation de véhicules automobiles par l'acheteur ou ses clients.

CONDITIONS D'EXEMPTION. Par opposition au règlement du 22 décembre 1999, il s'agit cette fois d'un règlement spécifique à un secteur. Le principe d'exemption reste pourtant le même : les accords verticaux sont exemptés si un certain seuil de part de marché n'est pas dépassé et si l'accord ne contient aucune "clause noire".

Comme dans le règlement du 22 décembre 1999, le seuil de part de marché du fournisseur ne doit pas dépasser 30%. Un seuil spécifique de 40% est instauré pour les systèmes de distribution sélective quantitative destinés à la vente des véhicules neufs.

Il est précisé que dans le cas de fourniture exclusive, c'est la part du marché de l'acheteur qui doit être prise en compte pour déterminer l'effet global de ces accords sur le marché.

En ce qui concerne la distribution sélective purement qualitative, le règlement s'applique sans seuil relatif à la part de marché.

Sur la liste des clauses noires figurent l'imposition des prix minimum de revente et certaines formes de protection territoriale.

FORME JURIDIQUE DU CONTRAT. Le projet de règlement propose un système alternatif et non plus cumulatif entre la distribution sélective et la distribution exclusive. Les constructeurs automobiles pourront choisir entre la distribution exclusive (avec une exclusivité territoriale attribuée au distributeur) et la distribution sélective (sans clause de localisation).

Les distributeurs sélectifs pourront vendre leurs produits non seulement dans d'autres régions, mais également dans d'autres pays européens. Pour cela, ils auront la possibilité d'y installer un point de vente ou un point de livraison. Cette mesure a pour but d'aligner les prix à la baisse dans les différents Etats membres. La Commission précise que lorsque les prix et les conditions de fourniture aux distributeurs des véhicules automobiles d'une marque diffèrent considérablement entre marchés géographiques, le bénéfice de l'exemption peut être retiré.

MULTIMARQUISME. La Commission semble favoriser le multimarquisisme. Ainsi, le projet de règlement prohibe les clauses de non-concurrence qui interdisent au distributeur de vendre des marques concurrentes. Le constructeur peut toutefois exiger du distributeur d'exposer les véhicules dans des zones spécifiques à chaque marque dans la salle d'exposition.

En revanche, les obligations supplémentaires, telles que l'obligation d'employer un personnel spécifique à chaque marque, sont considérées comme des obligations de non-concurrence indirecte et sont, de ce fait, prohibées.

APRÈS-VENTE. La Commission reconnaît la nécessité d'un service après-vente, compte tenu de la spécificité technique et du coût élevé des automobiles. Toutefois, elle considère qu'il n'est pas indispensable que les distributeurs automobiles neufs assurent également des services de réparation et d'entretien. Le distributeur doit pouvoir sous-traiter ces services, y compris les interventions sous garantie, avec des réparateurs indépendants.

Les réparateurs indépendants doivent pouvoir réparer les marques des constructeurs concurrents, toute obligation limitant cette capacité des réparateurs n'étant pas exemptée.

Les constructeurs automobiles doivent garantir aux réparateurs indépendants l'accès aux informations techniques nécessaires aux services après vente.

RÉSILIATION DES CONTRATS. Le projet de règlement prévoit un délai de préavis de résiliation de deux ans ainsi que l'obligation de motiver cette décision. Pour être exempté, le contrat doit obligatoirement prévoir la possibilité de recours à un arbitre ou à un expert indépendant, en particulier en cas de notification de résiliation.

Le délai est ramené à un an dans les cas suivants :

- le fournisseur verse une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière due à la résiliation du contrat ;
- la résiliation du contrat intervient dans le cadre de la restructuration de l'ensemble ou d'une partie substantielle du réseau.

RETRAIT DE L'EXEMPTION. Le bénéfice de l'exemption peut être retiré par la Commission et par les autorités des Etats membres, notamment en cas de dépassement des seuils de part de marché ou du fait de l'effet cumulatif des réseaux parallèles, ainsi que dans le cas où les prix d'un constructeur diffèrent substantiellement dans les Etats membres et en cas de conditions de vente discriminatoires.

La Commission a entamé une large discussion avec les Etats membres autour du projet de règlement. La version définitive sera adoptée et entrera en vigueur le 1^{er} octobre prochain. En attendant, le projet fait l'objet d'une large polémique.

II. L'APPRECIATION CRITIQUE DU PROJET

Le projet de règlement automobile a suscité de vives critiques dans la presse économique et juridique. Une conférence organisée le 8 mars 2002 par la FNDE (Fédération Nationale du Droit d'Entreprise) a été consacrée à l'étude de ce nouveau document. Les différents intervenants ont attiré l'attention sur de nombreux points faibles du projet.

EFFET CONCENTRATION. Tous les commentateurs du projet évoquent en premier lieu le risque d'une concentration qui pourrait résulter de l'application du nouveau texte.

En effet, la possibilité offerte à tout réparateur répondant aux standards établis par une marque d'être agréé, risque de favoriser les grands groupes de distribution.

Suite à l'absence de clauses de localisation, les grands groupes pourront user de leur faculté d'essaimage pour s'installer à proximité des petits concessionnaires. L'existence de ces derniers sera largement compromise.

Les professionnels du secteur redoutent également que le nouveau règlement encourage le regroupement des concessions dans les régions les plus peuplées et les plus rentables.

La dissociation de la vente et de l'après-vente va également favoriser la concentration via des grandes chaînes de réparation.

EFFET DESTRUCTEUR DES RÉSEAUX. L'effet destructeur peut résulter de la faculté d'essaimage accordée aux distributeurs, ainsi que du multimarquisme largement favorisé par le projet.

La concentration des ventes par de gros groupes va évincer du marché les plus petits distributeurs.

Le multimarquisme, quant à lui, ouvre la porte au parasitisme au sein des réseaux, lorsque le distributeur multimarque va utiliser des marques plus fortes en tant que marques d'appel pour pouvoir vendre ensuite les produits d'autres marques.

LE DOUTE SUR LE PROFIT RÉSERVÉ AU CONSOMMATEUR. Le projet est rédigé sous l'influence évidente du consumérisme. Le profit que pourrait tirer le consommateur constitue l'argument majeur de la Commission dans cette réforme. En réalité, le doute subsiste sur la part du profit que lui réserve le nouveau texte.

C'est surtout le multimarquisme qui attire les foudres de commentateurs. En effet, les distributeurs multimarques ne seront pas intéressés par l'achat de la gamme complète d'une marque, ce qui risque de réduire le choix du consommateur.

Le règlement interdit l'obligation d'employer une équipe de vente spécialisée pour chaque marque. La qualité du service rendu au consommateur va inévitablement souffrir de ce fait.

Le vendeur multimarque ne sera pas intéressé par la vente des véhicules corres-

pondant au mieux aux attentes du consommateur, mais par la vente des produits qui lui procurent une meilleure marge commerciale.

La séparation de la vente et de l'après-vente peut également nuire à la qualité des réparations effectuées par des réparateurs multi-marques non spécialisés.

Il n'est donc pas certain que le consommateur sera le grand gagnant dans cette réforme.

RÉACTION DES AUTORITÉS FRANÇAISES. Sans remettre en question la philosophie générale du règlement, le Ministère de l'Economie a formulé ses remarques et propositions concernant le projet de règlement.

La France suggère ainsi de réexaminer les dispositions concernant la suppression de la clause de localisation qui réduit la maîtrise des investissements effectués par les constructeurs sur un territoire national.

En ce qui concerne la séparation de la vente de l'après-vente, il est proposé de prévoir une clause de responsabilité du distributeur qui décide de recourir à une sous-traitance.

Le retrait du bénéfice d'exemption pour la raison d'écart de prix trop important dans des différents Etat est jugé trop excessif.

Enfin, l'exclusion des poids-lourds du champs d'application du règlement est également conseillée.

Il reste à savoir si la Commission Européenne sera sensible aux arguments exposés par les Etats membres et les professionnels du secteur pour modifier le texte définitif du règlement.

Olga RENAUD
Juriste

UNIDROIT : UNE LOI MONDIALE SUR LA FRANCHISE FORTEMENT INFLUENCÉE PAR LA LOI DOUBIN

La seconde session d'UNIDROIT sur le projet de Loi Modèle sur l'obligation d'information précontractuelle en matière de franchise¹, s'est déroulée à Rome du 8 au 12 avril 2002. La Loi Modèle s'intitule "Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise".

L'U.I.A. (Union Internationale des Avocats), représentée par Maître Olivier GAST, Président de la Commission Franchise était à nouveau présente. Olivier GAST suit effectivement de près ce projet de loi mondiale sur la franchise depuis ses origines et se félicite de l'avancée des derniers travaux qui témoigne d'un rapprochement de la loi type UNIDROIT vers la loi Doubin du 31 décembre 1989.

Deux approches s'étaient opposées lors de la première session tenue à Rome du 25 au 29 juin 2001, l'approche anglosaxonne, faisant primer la liberté précontractuelle et l'approche européenne soutenant au contraire un certain formalisme aux fins de protection du futur franchisé.

Lors de la seconde session, l'on a pu constater la reconnaissance, par la quasi-totalité des délégations présentes, de l'importance de la protection du candidat à la franchise.

La seconde session a attiré un plus grand nombre d'Etats que lors de la session précédente. Ils se sont fédérés à l'unanimité autour d'une idée : la protection du franchisé.

Lorsqu'il adhère à un réseau, le franchisé doit réaliser des investissements assez importants. Une entreprise étant créée pour l'exploitation d'une franchise, il est apparu essentiel pour UNIDROIT, de même qu'il était apparu pour le législateur français, de permettre au franchisé de s'engager en connaissance de cause².

Cette session a consacré la forte influence de la loi Doubin sur la loi type. En effet, alors que le projet initial de loi type ne prévoyait aucune information du candidat franchisé sur le marché national et local, il a été ajouté à la liste des informations devant être divulguées par le franchiseur, l'obligation d'établir l'état du marché national et local.

La loi type reprend pratiquement mot pour mot l'alinéa 4 du décret du 4 avril 1991 portant application de la loi Doubin.

L'article 6 de la loi type intitulé "*contenu des informations fournies*", impose désormais au franchiseur de présenter au candidat à la franchise :

- l'état général du marché des produits ou services faisant l'objet du contrat ;
- l'état local du marché des produits ou services faisant l'objet du contrat ;
- les perspectives de développement du marché.

Le Comité a également procédé à la modification de l'article 5 énumérant la liste des informations que le franchiseur est dispensé de divulguer au candidat franchisé.

Ainsi, l'article 5 (G), qui prévoyait une dispense de divulgation lorsque la somme totale des contributions financières contractuellement prévues était inférieure à un certain seuil a été supprimé. Cette disposition allait en effet à l'antonomie du but de l'obligation de divulgation, qui est la protection de la partie la plus faible.

De même, la dispense du master franchiseur de son obligation d'information envers le master franchisé ne figure plus dans la liste des dispenses.

CONCLUSION :

La loi type sur la divulgation des informations précontractuelles en matière de franchise consacre la protection du franchisé. Les Etats pourront librement choisir les dispositions de la loi type qu'ils souhaitent intégrer dans leur système juridique.

Il est à espérer que la transposition de la loi type dans chacun des Etats soit la plus uniforme possible, afin de garantir une véritable protection des candidats à la franchise à travers le monde.

1. Lettre Européenne des Réseaux Commerciaux - 2^e semestre 2001, C. KALOPISSIS «Vers une loi mondiale sur la franchise ?»
2. GAST O., *Le Guide pratique de la loi Doubin*, GAST, 2^e édition 1998.

NOUVELLE COMMUNICATION DE MINIMIS

C'est le 22 décembre 2001 que la Commission Européenne a publié sa nouvelle Communication sur les accords d'importance mineure, dite "de minimis", qui remplace celle du 15 octobre 1997.

Le motif de modification de la Communication de minimis réside notamment dans les divergences existant entre l'ancienne Communication et le Règlement d'exemption des accords verticaux adopté par la Commission le 22 décembre 1999.

Les accords d'importance mineure sont soustraits du champ d'application du Règlement d'exemption des accords verticaux. Par conséquent, les entreprises couvertes par la Communication de minimis peuvent recourir aux différentes restrictions prohibées par le Règlement sans causer d'effet nocif pour le commerce européen.

CHAMP D'APPLICATION DE LA COMMUNICATION

La Communication de minimis vise les accords conclus entre petites et moyennes entreprises (a) et les accords entre les entreprises qui ne dépassent pas un certain seuil de marché (b).

A. ACCORDS ENTRE PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

La communication reconnaît tout d'abord que les accords entre petites et moyennes entreprises sont rarement en mesure d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres.

Elle définit ensuite ce qu'elle considère comme "petites et moyennes entreprises". Sont considérées comme telles, les entreprises qui :

- Emploient moins de 250 salariés et
- Soit, réalisent un chiffre d'affaires annuel de 40 millions d'euros au maximum ;
- Soit, ont un bilan annuel de 27 millions d'euros au maximum.

B. LES SEUILS DE PARTS DE MARCHÉ

La Communication distingue entre les accords verticaux (conclus entre les entreprises qui opèrent sur des marchés différents) et les accords horizontaux (conclus entre concurrents).

La part de marché fixée pour les accords horizontaux est de 10%. Le seuil des accords verticaux est instauré à hauteur de 15%. Rappelons, que l'ancienne Communication visait respectivement les seuils de 5% et de 10%.

La Communication précise que dans les cas où il est difficile de déterminer s'il s'agit d'un accord horizontal ou vertical, c'est le seuil de 10% qui doit être appliqué.

En ce qui concerne le calcul de parts de marché, la Commission rappelle qu'il s'agit d'un marché géographique et d'un marché de produits. Elle indique ensuite que les parts de marché doivent être calculées sur la base de données relatives à la valeur des ventes ou, le cas échéant, de données relatives à la valeurs d'achats. Les estimations sur le volume des ventes peuvent être également utilisées.

La Communication de minimis ne s'applique toutefois pas aux accords d'importance mineure qui contiennent les restrictions caractérisées (clauses noires).

CLAUSES NOIRES

La Communication précise la liste des clauses noires pour lesquelles le bénéfice de la Communication ne peut pas être envisagé.

Il y a lieu de distinguer ici aussi, entre les accords verticaux et les accords horizontaux.

A. CLAUSES NOIRES DES ACCORDS HORIZONTALS

La Commission classe dans les clauses noires des accords horizontaux :

- La fixation des prix de revente ;
- La limitation de la production ou des ventes ;
- La répartition des marchés ou des clients.

B. CLAUSES NOIRES DES ACCORDS VERTICAUX

En ce qui concerne les accords verticaux, sont prohibées :

- La fixation des prix de revente minimum, sans préjudice toutefois de pouvoir fixer le prix de revente maximum et d'élaborer des prix conseillés ;
- La protection territoriale absolue.

Sont toutefois valables :

- la restriction des ventes actives vers le territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés à un autre distributeur ;
 - la restriction de revente aux consommateurs, lorsque le distributeur agit en tant que grossiste ;
 - la restriction de revente aux distributeurs non-agrérés dans les systèmes de distribution sélective.
- L'interdiction de livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective.

La Communication complète enfin la notion d'effet cumulatif puisqu'elle suppose que cet effet n'existera que lorsque 30% du marché est couvert par des accords parallèles et précise qu'une entreprise dont la part de marché n'excède pas 5% ne contribue pas de manière significative à cet effet cumulatif de verrouillage.

La Commission précise par ailleurs que, bien que dépourvue de caractère obligatoire, la Communication de minimis entend "donner des indications aux juridictions et autorités des Etats membres pour l'application de l'article 81 du Traité".

EXCLUSIVITÉ TERRITORIALE

Les clauses d'exclusivité territoriale sont souvent intégrées dans les contrats de franchise. Elles peuvent constituer un argument supplémentaire de recrutement pour les franchisés. L'exclusivité territoriale a pour but de permettre au franchisé de rentabiliser plus rapidement ses investissements en lui réservant "un périmètre de sécurité" à l'intérieur duquel aucun autre membre du réseau, ni même le franchiseur ne viendra le concurrencer.

Cependant, l'exclusivité territoriale n'est pas essentielle pour la franchise, contrairement au contrat de concession exclusive. Nombreuses sont les enseignes qui n'attribuent pas de territoire exclusif à leurs franchisés.

En ce qui nous concerne, nous avons toujours considéré : *"économiquement, le découpage territorial entre les franchisés est souvent source de litige entre le franchiseur et les franchisés. La suppression de la clause d'exclusivité territoriale stimulant les franchisés entre eux, les rend plus dynamiques et performants. Le franchiseur ne se cantonne plus qu'à arbitrer les zones d'influence et faire respecter une saine moralité dans le réseau"* (Maître O.Gast, La clause d'exclusivité territoriale est-elle essentielle au contrat de franchise ?, (Les petites affiches, 29 juillet 1987, n° 90, p.29).

En effet, cette clause risque de freiner le développement du réseau dans la mesure où l'évolution du pouvoir d'achat des consommateurs situés dans une zone territoriale déterminée est imprévisible. C'est donc une erreur stratégique que d'attribuer à un franchisé une zone large à potentiel faible qui risquerait de devenir une zone à très fort pouvoir d'achat au cours de l'exécution du contrat. Le franchisé situé dans cette zone ne pourra pas l'exploiter pleinement, en même temps le franchiseur ne pourra pas y installer d'autres points de vente et perdra ainsi une part de marché.

En outre, la stipulation d'une exclusivité territoriale pourrait entraîner le retrait de l'exemption catégorielle lorsque l'accès au marché se trouve restreint par l'effet cumulatif de réseaux de franchise parallèles établis par des franchiseurs concurrents lorsque les produits ou services concernés

ne sont plus soumis à une concurrence effective ou en cas de cloisonnement de marchés (Règlement du 30 novembre 1988, art.8 et Règlement du 22 décembre 1999, art.6 et 7).

Afin de garantir l'attractivité du contrat sans pour autant accorder au franchisé des droits exclusifs sur un territoire, nous recommandons d'insérer dans les contrats une clause de priorité au profit du franchisé. Dans l'hypothèse où le franchiseur décide d'ouvrir un nouveau point de vente dans la zone "d'influence" de son franchisé, ce dernier peut exercer son droit de priorité et devenir l'exploitant de ce nouveau commerce.

Si le franchiseur opte pour l'attribution de zones d'exclusivité, nous lui conseillons de prévoir un chiffre d'affaires minimum que le franchisé s'engage à effectuer. Si le franchisé "n'est pas à la hauteur", le franchiseur se réserve la possibilité de restreindre sa zone d'exclusivité afin d'y installer un autre franchisé.

Le nouveau Règlement européen d'exemption des accords verticaux a dessiné, pour sa part, les nouveaux contours du régime d'exclusivité territoriale par le biais de la distinction entre les ventes actives et les ventes passives.

Selon la Commission Européenne, la vente "active" est le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage ou au moyen de visites ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle, ou encore par établissement d'un entrepôt ou d'un point de vente en dehors de sa zone exclusive.

La vente "passive" est le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées provenant de clients situés en dehors de la zone d'exclusivité du distributeur.

En vertu du nouveau Règlement, le franchiseur ne peut plus interdire ou limiter les ventes passives effectuées par ses franchisés.

En revanche, les ventes actives (les prospections publicitaires en dehors de la zone d'exclusivité) peuvent être limitées à destination des zones exclusives des autres membres du réseau. Les ventes actives à destination des zones "libres"

(non attribuées à d'autres membres du réseau) ne peuvent pas être interdites.

De surcroît, l'évolution du commerce électronique risque d'effacer les frontières territoriales et de compromettre ainsi l'attribution des exclusivités territoriales dans un réseau.

Les lignes directrices établies par la Commission Européenne, notice explicative du Règlement, précisent que *"le recours à Internet n'est pas considéré comme une forme de vente active (...) car c'est un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients. Le fait qu'il puisse y avoir un effet en dehors du territoire ou de la clientèle affectés à un franchisé est le résultat de cette technique, à savoir un accès facile de n'importe quel lieu"*.

Cela a pour effet de favoriser l'utilisation d'Internet par les franchisés afin de promouvoir ou vendre leurs produits.

L'interdiction des ventes actives (l'envoi de mails publicitaires non sollicités, les bandeaux publicitaires insérés sur d'autres sites) sur les zones exclusives des autres membres du réseau devient superflue dans le cadre d'Internet.

Car le problème est de détecter ces ventes actives, "interdites" par le franchiseur, mais souvent invisibles sur la "Toile". En effet, Internet rend la protection territoriale inefficace, seules les capacités commerciales, managériales et personnelles de chaque franchisé peuvent faire la différence.

C'est précisément le cas des agences immobilières, "chasseurs" par nature, pour qui les capacités et le talent de chaque agent sont le seul garant du résultat. L'exclusivité territoriale est inutile dans leur domaine. Elle tend à devenir inutile dans tous les autres.

O. G.

DISTRIBUTION ET CONTRATS DE TRAVAIL

LA COUR D'APPEL DE DOUAI RENFORCE LA RESPONSABILITÉ DES CONCÉDANTS AUTOMOBILES

En octobre 1997, le groupe Volkswagen France avait résilié un contrat de concession avec l'un de ses concessionnaires Seat. Pendant le préavis de 2 ans, aucun successeur de cette concession n'avait été désigné par le concédant.

A la fin du préavis, en octobre 1999, le concessionnaire évincé avait notifié à ses salariés que leurs contrats de travail étaient transférés au titulaire des droits attachés à l'exploitation de la marque Seat, en l'occurrence, le groupe Volkswagen France.

Le concédant s'est naturellement opposé à un tel transfert.

La Cour d'Appel de Douai a tranché en faveur du concessionnaire. Elle a jugé que *"l'activité d'une concession exclusive de vente de véhicules automobiles d'une marque dans un secteur géographique déterminé (...) est susceptible de caractériser une entité économique, dont la reprise par le propriétaire de la marque ou l'exploitation par un nouveau concessionnaire, même en l'absence de transfert d'éléments d'actifs, entraîne l'application de l'article L.122-12 alinéa 2 du Code du travail"*.

Rappelons que cet article dispose que les contrats de travail subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, notamment en cas de succession, vente, fusion ou transformation du fonds.

Pour le concessionnaire, la décision de la Cour d'Appel de Douai est la preuve du fait que le fonds de commerce appartient au concédant, le concessionnaire n'étant maître ni de son personnel, ni de sa clientèle.

Le concédant, quant à lui, a considéré la décision des juges non fondée en droit et s'est pourvu en cassation.

Il appartient maintenant à la Cour de

Cassation de se prononcer sur la propriété commerciale et l'indépendance des concessionnaires automobiles. Affaire à suivre...

(Cour d'appel de DOUAI, 31 janvier 2002, Sté Autopole c/Sté groupe Volkswagen SA)

REQUALIFICATION DU CONTRAT DE FRANCHISÉ EN CONTRAT DE TRAVAIL : PAS DE RECHERCHE DE LIEN DE SUBORDINATION

Par trois arrêts importants, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation s'est prononcée sur la question de la présomption de salariat du franchisé, personne physique, à l'égard du franchiseur, sur le fondement de l'article L.781-1-2 du Code du travail.

En l'espèce, des commerçants avaient signé un contrat de franchise pour l'exploitation d'un concept de distribution et de ramassage de colis. A l'arrivée du terme, le franchiseur avait notifié à ses franchisés le non-renouvellement du contrat.

Les franchisés ont saisi le Conseil des Prud'hommes en requalification de la relation en contrat de travail, requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse et paiement de diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture.

Les franchisés ont obtenu gain de cause, mais le franchiseur a formé un pourvoi. Il a fait valoir que les franchisés étaient propriétaires de leur clientèle dont ils pouvaient disposer librement, qu'ils exerçaient leur métier en leur propre nom, sans lien de subordination et que le franchiseur n'imposait aucun prix mais fixait seulement le pourcentage des royalties.

La Chambre Sociale de la Cour de Cassation a rejeté le moyen et a jugé que

"les dispositions du Code du travail qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs, sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir les objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise ; qu'il résulte de ce texte que dès lors que les conditions susénoncées sont, en fait, réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du Code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination".

Pour la Cour de Cassation *"la cour d'appel qui a relevé que (le franchisé) distribuait et ramassait des colis à partir d'un local dont (le franchiseur) était locataire, que la distribution était soumise à des horaires et à un itinéraire imposés par la politique commerciale de la société, que le tarifs était imposés par (cette dernière) qui encaissait directement les factures de la clientèle, a fait ressortir que les conditions de l'article L.781-1-2° étaient réunies (...), et a légalement justifié sa décision"*.

Il en résulte que l'existence d'un lien de subordination entre un franchisé et un franchiseur n'est pas une condition d'application de l'article L.781-1-2 du Code du travail. Les dispositions du Code du travail sont applicables aux franchisés dès lors que les conditions énoncées par l'article L.781-1-2 dudit code sont réunies.

(Cass.soc., 4 décembre 2001, SARL France Acheminement c/Sierra ;

Cass.soc. 4 décembre 2001, Bouchet c/SARL France Acheminement ;

Cass.soc. 4 décembre 2001, Dalval c/SARL France Acheminement)

LES CONTRATS DE FRANCHISE HÔTELLIÈRE REQUALIFIÉS EN CONTRATS DE TRAVAIL

La Société Commerciale des Hôtels Economiques (SCHE), filiale du groupe Accor, est propriétaire du fonds de commerce d'hôtels exploités sous l'enseigne Formule 1. La SCHE a confié la gestion de ces hôtels à des SARL par le biais de contrats de gérance-mandat.

Trente deux gérants et co-gérants de ces SARL ont saisi le Conseil des Prud'hommes afin de requalifier les contrats de gérance-mandat en contrats de travail, et en conséquence, obtenir le rappel des salaires, des heures supplémentaires et, pour certains, des indemnités de rupture du contrat.

Le Conseil de Prud'hommes s'est déclaré compétent et a ordonné la jonction des trente deux procédures. La SCHE a formé un contredit par lequel elle a contesté la compétence prud'homale au profit du Tribunal de Commerce territorialement compétent, et la jonction ordonnée.

La Cour d'Appel a confirmé la jonction des procédures dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Elle a également confirmé la compétence du Conseil de Prud'hommes et requalifié la relation juridique de la SCHE avec chacune des SARL en contrat de travail.

La Cour d'Appel a considéré que "les SARL créées à la demande de la SCHE et les contrats de mandat conclus avec elle n'étaient que des supports juridiques apparents destinés à masquer les relations de subordination existant entre la SCHE et chacun des demandeurs (...),

subordination (...) caractéristique du contrat de travail".

En effet, la Cour a constaté que les limitations apportées aux pouvoirs des mandataires-gérants dépassaient largement celles qui peuvent être tolérées dans la franchise. En outre, le pouvoir de contrôle et de sanction dont disposait la SCHE envers ses mandataires-gérants, était particulièrement étendu.

Le montage mis en œuvre dans cette affaire est courant dans le domaine hôtelier. La franchise hôtelière est-elle vouée à disparaître ?

(CA Paris, 7 juin 2001, SA SCHE c/Berthet)

LA LOI DOUBIN

ÉTAT DU MARCHÉ LOCAL ET COMPTE D'EXPLOITATION PRÉVISIONNEL : UNE JURISPRUDENCE FAVORABLE RÉAFFIRMÉE POUR LES FRANCHISEURS

Un franchisé avait contacté le franchiseur afin d'ouvrir un magasin Jeff de Bruges dans la ville de Montélimar. Après avoir reçu le document d'information précontractuelle et un compte d'exploitation prévisionnel, il signait le contrat de franchise et ouvrait son magasin.

Il lui a cependant manqué la motivation et l'esprit d'initiative pour réussir dans son entreprise. L'assistance du franchiseur afin de l'aider à améliorer ses résultats fut infructueuse, le franchisé refusant obstinément toutes les mesures préconisées.

A l'expiration du contrat, sans jamais avoir émis le moindre reproche à l'encontre du franchiseur, le franchisé l'assignait, soutenant que sa responsabilité était engagée,

pour lui avoir communiqué des informations sur l'état du marché, des prévisions de chiffre d'affaires erronées et avoir failli à son obligation d'assistance.

Le Tribunal de Commerce de Paris a débouté le franchisé de l'intégralité de ses demandes. La Cour d'Appel de Paris a confirmé le jugement en toutes ses dispositions.

La Cour a jugé que la loi Doubin ne met pas à la charge du franchiseur l'obligation d'établir une étude de marché, mais seulement de fournir au franchisé des informations sincères, pour qu'il s'engage en connaissance de cause.

Elle a rappelé que le franchiseur n'est pas tenu d'établir un compte d'exploitation prévisionnel. Sa responsabilité ne peut être engagée que si les prévisions sont grossièrement erronées ou établies dans le but de tromper le franchisé. En d'autres termes, l'écart important entre les prévisions fournies à titre indicatif et les résultats effectifs ne constitue pas la preuve de l'inexactitude grossière ou de l'irréalisme des prévisions.

Elle a par ailleurs relevé que le franchisé ne s'était plaint de ses mauvais résultats

qu'à l'issue de sa troisième année d'exploitation. Il n'avait donc pas considéré d'emblée que les informations et prévisions étaient erronées.

La Cour confirme ainsi une jurisprudence désormais établie. La responsabilité du franchiseur ne peut être engagée que si les chiffres d'affaires prévisionnels sont grossièrement erronés ou ont été établis dans le but de tromper le franchisé.

S'agissant de l'obligation d'assistance du franchiseur, la Cour a considéré qu'il avait loyalement rempli son obligation par de nombreuses visites. Il avait formé de nombreuses propositions au franchisé que celui-ci avait intégralement rejetées.

La Cour a rappelé un principe essentiel : le franchiseur ne peut se substituer au franchisé. Le franchisé est un commerçant indépendant qui doit faire preuve de dynamisme et de compétence. S'il ne réalise pas les résultats escomptés, il ne peut attendre du franchiseur aucune indemnisation pour pallier sa mauvaise gestion.

*(Cour d'Appel de PARIS, 31 janvier 2002,
JEFF DE BRUGES c/ YBT)*

INTERPRÉTATION DES CONTRATS

LE CONCÉDANT POURRAIT ÊTRE AMENÉ À MOTIVER LE REFUS D'AGRÈMENT D'UN CANDIDAT CONCESSIONNAIRE

Un contrat de concession automobile conclu entre la société Opel et son concessionnaire prévoyait une clause d'agrément en cas de cession par ce dernier des parts sociales de sa société.

Cette clause était rédigée comme suit : *"Le concessionnaire doit obtenir l'agrément préalable du concédant pour tout changement proposé dans la participation au capital des propriétaires de la concession ; à charge pour le constructeur d'examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé*

et communiquer rapidement sa décision au concessionnaire".

Conformément aux stipulations contractuelles, le concessionnaire avait présenté au concédant le repreneur potentiel de sa concession. Après examen, le concédant avait refusé de l'agrèer sans donner aucun motif. Le concessionnaire s'estimant lésé par ce refus non motivé, a engagé une action en justice contre son concédant.

La Cour d'Appel de Lyon statuant sur l'interprétation de la clause d'agrément, avait retenu l'existence de l'obligation de motiver la décision de refus : *"Attendu que si les contrats susvisés ne prévoient pas expressément que la décision (du concédant) doit être motivée en cas de refus, il n'en demeure pas moins qu'en mettant notamment à sa charge une obligation d'examen équitable*

et soigneux, les clauses contractuelles lui font obligation de facto d'énoncer une motivation en cas de refus afin de permettre au concessionnaire et à l'exploitant de vérifier que l'offre de reprise a été examinée équitablement et avec soin".

En l'espèce, les termes employés par les rédacteurs de la clause se sont avérés déterminants : ils ont permis à la Cour de condamner le concédant à des dommages-intérêts particulièrement élevés.

(CA Lyon, 3e ch., 17 mai 2001, Opel France c/ Société Automobiles France Finance)

DISTRIBUTION ET INTERNET

NOM DE DOMAINE ET SLOGAN PUBLICITAIRE

Madame L. avait déposé en août 2000 le nom de domaine d'un site numismatique. Ce nom de domaine déclinait en 5 langues le slogan, devenu célèbre grâce à la publicité d'un groupe de cosmétiques, "parce que je le vau**x** bien". Il faut préciser que le dépôt du nom de domaine est intervenu postérieurement à la publicité.

La société L'Oréal, s'apercevant de l'existence d'un site en construction sous le nom en question, a estimé que cela portait atteinte à son image de marque et provo-

quait sa détérioration. Elle a donc saisi la justice afin d'interdire l'utilisation de son slogan publicitaire en tant que nom de domaine par une personne tierce.

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre saisi en référé, a constaté l'existence d'un risque de confusion pour les usagers et a ordonné à Madame L., sous astreinte, de cesser d'utiliser et de reproduire *"tout signe pouvant constituer une contrefaçon de la marque"*, ainsi que ses traductions.

De surcroît, le Tribunal a ordonné à Madame L. sous la même astreinte de procéder au transfert des 13 noms de domaine au profit de L'Oréal.

Madame L. a exécuté le jugement mais l'appel de cette décision est en cours.

(TGI Nanterre, 7 janvier 2002, L'Oréal c/Mme L.)

RUPTURE DES CONTRATS

PREMIER ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION SUR L'ARTICLE 36-5° DE L'ORDONNANCE DU 1^{ER} DÉCEMBRE 1986 : PRÉCISION SUR LE POINT DE DÉPART DU PRÉAVIS DE RUPTURE

La société Charpentier Armen, une société de fabrication des vêtements de travail, avait deux clients principaux spécialisés dans la location et le blanchissage de vêtements de travail lesquels représentaient, à parts égales, la quasi-totalité de son activité.

Les relations commerciales existantes depuis plus de 12 ans entre le fabricant des vêtements et l'un de ses clients principaux étaient fondées sur une pluralité de contrats à durée déterminée se cumulant et/ou se succédant au fil des années.

A la fin du mois de juin 1998, un des clients a informé la société Charpentier Armen de la mise en place pour l'année 1999 d'une nouvelle politique d'achat et d'approvisionnement en lui annonçant le lancement d'un appel d'offres.

La société Charpentier Armen a répondu à cet appel d'offres, mais le 11 août 1998 le client l'a informé que sa proposition n'a pas été retenue. Par conséquent, la rupture des relations commerciales prendraient effet le 31 janvier 1999.

Par jugement du 20 janvier 1999, le Tribunal de commerce de Nanterre a jugé que le client avait abusé de la dépendance économique dans laquelle se trouvait la société Charpentier Armen et l'a en conséquence condamné à verser à cette dernière une provision d'1 million de francs.

Le client a formé un pourvoi devant la Cour d'appel de Versailles qui a partiellement réformé ce jugement.

La Cour d'appel a rejeté la qualification d'abus de dépendance économique pour insuffisance d'argumentation. En revanche, elle a retenu la qualification de rupture

brutale des relations commerciales établies.

La Cour d'appel de Versailles a estimé que les relations commerciales auraient dû continuer pendant encore une année du 1^{er} février 1999 au 31 janvier 2000.

Par conséquent, la Cour a condamné le client à payer à son fournisseur une somme totale et forfaitaire de 8 million de francs pour non respect du préavis de rupture des relations commerciales établies.

Le client s'est pourvu en cassation. C'est la première fois que la Haute Juridiction a été amenée à statuer dans le cadre de l'article 36-5° de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

La Cour de Cassation a validé la décision des juges du fond quant à la qualification de la rupture brutale des relations commerciales établies et son autonomie par rapport à l'abus de dépendance économique. La nécessité d'un préavis dans le cadre de la rupture d'une succession des contrats à durée déterminée n'a non plus été remis en cause.

La Cour a ensuite souligné que *"pour apprécier la durée de préavis, la cour d'appel (...) a souverainement déduit qu'en espèce ce délai était de six mois"*.

Elle a cependant conclu que la détermination du point de départ de ce préavis par la Cour d'Appel était erronée.

La Cour de Cassation a précisé que dans l'hypothèse particulière d'un appel d'offre, le point de départ du préavis doit être fixé à la date de notification du recours à un appel d'offre et non à la date de notification de l'échec du fournisseur suite à cette procédure.

Pour les Hauts magistrats, *"la notification par le GIE Elis à la société Charpentier Armen, de son recours à un appel d'offres pour choisir les fournisseurs, manifestait son intention de ne pas poursuivre les relations contractuelles dans les conditions antérieures et faisait ainsi courir le délai de préavis qu'elle a estimé à une durée de six mois"*.

*(Cass.com. 6 juin 2001,
GIE Elis c/Sté Charpentier Armen*

LA DURÉE DU PRÉAVIS DE RUPTURE DES RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES NE DÉPEND PAS DU CYCLE DE PRODUCTION DES PRODUITS

Un distributeur de chaussures disposait, en vertu d'un contrat de concession, d'un stand dans un grand magasin parisien. Le grand magasin a mis fin à son contrat avec un préavis de 6 mois.

Le distributeur l'a assigné en justice pour rupture brutale des relations commerciales établies. En effet, il soutenait qu'en réalité il n'avait disposé que d'un préavis d'un mois. Cela était dû à la spécificité des produits distribués qui, comme dans le prêt-à-porter, sont soumis à la périodicité des commandes, à des cycles de production et à des saisons de vente (collection automne/hiver et printemps/été).

La rupture est intervenue au moment où le distributeur avait passé ses commandes pour la collection d'hiver. Disposant d'un délai de préavis trop court, il n'a pas pu écouler le stock qu'il avait constitué pour la saison d'hiver. C'est donc surtout le caractère tardif de l'annonce de la rupture qui était reproché au grand magasin.

La Cour d'Appel n'a pas suivi ce raisonnement et a rejeté la demande d'indemnisation du distributeur.

La Cour de Cassation a également estimé que le préavis de six mois pour un contrat dont la durée d'exécution a été d'une année, a été suffisant. Le cycle de production des produits et la périodicité des commandes n'ont pas été pris en compte.

C'est donc le raisonnement juridique qui a primé sur les considérations économiques dans cette affaire.

La solution adoptée par la Cour de Cassation est susceptible d'être modifiée suite à l'adoption de la loi sur les nouvelles réglementations économiques. En effet, le nouveau texte prévoit la possibilité de fixation par des accords interprofession-

nels de délais minimum applicables à la rupture de relations commerciales établies. A défaut de tels accords, le Ministre chargé de l'Economie pourra fixer des délais de préavis minimum et encadrer les conditions de la rupture pour chaque

catégorie de produits.

(Cass.com., 8 janvier 2002,
M.Sebagh c/Sté Galeries Lafayette)

CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE POST-CONTRACTUELLE FONT DE LA RÉSISTANCE DEVANT LES TRIBUNAUX

Dans une espèce portant sur la validité d'une clause de non concurrence post-contractuelle, le Tribunal de Commerce de VERSAILLES vient de rendre un intéressant jugement à inscrire à l'actif des décisions donnant son plein effet à l'article 1134 du Code Civil.

S'agissant en effet des clauses post-contractuelles insérées dans les contrats de franchise, on sait que les avocats des franchisés s'emploient à faire juger que si les clauses de non-réaffiliation seraient admissibles, les clauses de non-concurrence ne seraient pas valables en ce qu'elles feraient perdre au fonds de commerce toute valeur et interdiraient à l'ancien franchisé la poursuite de son activité.

Une telle argumentation est évidemment inacceptable et préjudiciable pour les franchiseurs, lesquels ne sauraient courir le risque de voir leur savoir-faire abusivement employé par d'anciens franchisés.

C'est pourquoi on ne peut que se féliciter lorsque les Juges, comme dans l'espèce qui opposait la Société LYNX OPTIQUE à un ancien franchisé, viennent rappeler que force doit rester aux engagements pris.

La Société LYNX OPTIQUE avait dû en effet engager une action à l'encontre d'un ancien franchisé, implanté dans le centre commercial des Aubières, dans la banlieue de CLERMONT FERRAND.

Alors même que la Société LYNX OPTIQUE, à l'expiration du premier contrat de franchise, avait proposé à ce franchisé de renouveler les relations contractuelles, ce dernier avait préféré quitter le réseau, non sans prétendre continuer d'exploiter son fonds désormais en indépendant.

Ce faisant, ce franchisé faisait perdre à la Société LYNX OPTIQUE un emplacement dans un centre commercial, alors même que c'était précisément et exclusivement grâce au franchiseur qu'il s'était vu octroyer cet emplacement.

Le moins que pouvait faire ce franchisé, pour "prix de sa liberté", était d'acquitter une indemnité, ce à quoi néanmoins il prétendait échapper.

C'est dans ces conditions qu'est né le litige, l'ancien franchisé arguant devant le Tribunal de la nullité prétendue de la clause, laquelle le placerait devant "*un choix extrêmement simple : cesser toute activité dans le domaine de l'optique ou se réinstaller hors de la zone de chalandise et perdre un fonds de commerce devenu invendable puisque le contrat sur lequel repose exclusivement son activité aura pris fin*".

Le Tribunal ne s'est pas laissé emprisonner dans cette condamnation de principe des clauses de non concurrence qui ferait la part trop belle aux franchisés et a condamné l'ancien franchisé au paiement d'une indemnité pour non respect de son obligation de non concurrence.

On regrettera seulement, même si la condamnation est loin de n'être que symbolique, que le Tribunal ait réduit le montant de la clause prévue au contrat en la ramenant à la somme de 34.000 €.

il reste à espérer que la Cour d'Appel – que l'ancien franchisé a cru devoir saisir d'un recours – élèvera le montant de cette indemnité qui était contractuellement prévue pour 1.000.000 Frs, ce qui n'est pas excessif eu égard aux plus-values engendrées par un emplacement dans un centre commercial et aux lourds investissements de recherche et de négociations auxquels le franchiseur doit faire face pour acquérir un réel savoir-faire dans l'implantation dans les grandes surfaces.

Ainsi, les grandes enseignes ne sauraient, sans que leurs ex-franchisés encourrent condamnation et au risque de créer un réel enrichissement sans cause, servir de marche-pied pour une opération d'infiltration des centres commerciaux.

(Tribunal de Commerce de VERSAILLES, 27/02/02
LYNX OPTIQUE C/ OPTIQUE POUYER)