



Lettre Européenne *de la Franchise et de la Concurrence*

Mars-Avril 1991

EDITORIAL

A VOS MARQUES... PRÊTS... "DISCLOSEZ" !

Chers lecteurs,

Il existe, nous l'avons rencontré, et, ce dans le Journal Officiel du 6 Avril 1991: le Décret d'Application de l'Article 1er de la Loi DOUBIN du 31 Décembre 1989 est enfin publié.

De fait, ladite Loi est dorénavant applicable: "*Nul n'est censé l'ignorer*".

Quoique visée au premier chef, la Franchise est loin d'être le seul contrat visé par le Législateur.

Rappelons-le, la Loi s'applique - à certaines conditions- aux contrats comportant la mise à disposition par une personne au profit d'une autre d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne.

Elle appréhende ainsi une réalité économique nouvelle: la multiplication des réseaux de distribution.

L'obligation d'information pré-contractuelle contribuera à donner au commerce associé, au commerce de détail, une image de sérieux et de qualité.

A ce titre, saluons donc la venue de la Loi DOUBIN dans notre droit positif malgré la responsabilité importante qui pèse dès aujourd'hui sur la plupart d'entre vous: La rédaction de votre document d'information (*ou disclosure*).

Philippe GAST
Docteur en Droit
Directeur des Editions GAST

"Le Guide Pratique de la Loi Doubin" : Morceaux choisis

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

L'article 1er de la "Loi DOUBIN" exprime clairement ce nouveau mode de recherche de l'équité. Point n'est besoin de paralyser les relations des parties au contrat par une réglementation pléthorique, l'autonomie de la volonté doit retrouver son empire dans le domaine contractuel, mais encore faut-il que cette volonté soit éclairée. La Loi impose donc au partenaire supposé le plus fort qu'il fournisse à son futur co-contractant un certain nombre d'informations qui permettront à ce dernier de s'engager en toute connaissance de cause.

LA NOUVELLE OBLIGATION D'INFORMATION PREALABLE

- 1/ Un champ d'application vaste
- 2/ Un contenu contraignant
- 3/ Des sanctions graves

1/ UN CHAMP D'APPLICATION VASTE

Bien souvent présentée à tort dans la presse comme n'étant qu'une "Loi sur

la Franchise", le champ d'application du texte est en réalité beaucoup plus large. Bien d'autres contrats sont concernés, dès lors que les conditions stipulées dans l'article 1er, al. 1er de la Loi sont remplies, c'est-à-dire sous réserve d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de l'activité. Ce sont pour exemple les contrats de concession, de partenariat, les licences de marque assortis d'un approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, certaines coopératives, bon nombre de contrats regroupés sous la notion de commerce associé.

A/La mise à disposition de signes de ralliement

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

Les signes de ralliement énumérés par la Loi sont "un nom commercial, une marque ou une enseigne".

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

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

B/L'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité

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

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

La notion de quasi-exclusivité est plus complexe.

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

En dépit d'une jurisprudence, relative à l'interprétation de l'article L.781-1 du Code du Travail qui peut apporter un élément de réponse à cette question, il est préférable pour les opérateurs potentiellement tenus à une obligation d'information précontractuelle d'avoir soin de prévenir toute difficulté par la remise d'un document d'information.

2/ UN CONTENU CONTRAIGNANT

A/Mise en garde au disclosant

Aborder le contenu de l'obligation, c'est nécessairement avoir constamment présentes à l'esprit deux dispositions qui figurent dans l'article 1er, al. 1 de la Loi: Les informations données devront être "sincères", et permettre au disclosé de "s'engager en connaissance de cause" (article précité in fine de la Loi).

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

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

Conformément à cette règle, nous préconisons une rédaction de document se fondant sur un principe de "Full Disclosure" (divulgation totale). Plus que le texte même du décret d'application qui ne constitue qu'un guide des informations à communiquer, il faudra

toujours conserver en mémoire l'impératif d'informer sur tous sujets nécessaires à un engagement en connaissance de cause du disclosé.

B/Mise en exergue de certains renseignements

Si la délivrance de certaines informations ne présente aucun problème pour les disclosants, d'autres sont en revanche difficiles à donner.

Il en est ainsi, exemple parmi d'autres, de la présentation de "l'état général (et local) du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat, et des perspectives de développement de ce marché".

Cette disposition implique-t-elle que le disclosant devra porter à la connaissance de tout disclosé, derrière qui peut se cacher un concurrent, des éléments confidentiels de l'entreprise? De même, devra-t-il informer ces mêmes disclosés de la stratégie d'avenir de la société?

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

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

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

Il s'agira à n'en pas douter de communiquer au disclosé un "état des lieux", une photographie nationale indiquant notamment l'état de la

concurrence existant sur ce marché ainsi que le positionnement actuel du marché: Est-il en régression, expansion,... en s'adressant pour cela à des organismes spécialisés tel que l'INSEE, compétents pour délivrer ce type d'informations.

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

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

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

3/ DES SANCTIONS GRAVES

A/ Les sanctions pénales

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

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

"Les peines applicables aux contraventions de la 5ème classe sont une amende de 3.000 à 6.000 F inclusivement et un emprisonnement de dix jours à un mois ou l'une de ces deux peines seulement."

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

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

"En cas de récidive, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la 5ème classe sont applicables."

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

L'amende en cas de récidive est comprise entre 6.000 F et 12.000 F.

Deux observations relatives au régime des contraventions s'imposent:

- en matière contraventionnelle, l'élément moral de l'infraction n'est pas requis. En d'autres termes, peu importe que le disclosant ait été de bonne foi, la sanction lui sera applicable dès lors qu'il aura signé un contrat définitif sans avoir remis le document d'information et le projet de contrat 20 jours avant la signature du contrat;

- la règle du non cumul des peines est sans effet sur les contraventions. Cela entraîne que le contrevenant peut être condamné à payer le montant des amendes sus-visé autant de fois qu'il aura signé des contrats sans avoir satisfait à son obligation d'information préalable.

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

sentée par le préfet qui dirige le service concerné, sauf si elle concerne un modèle type de traitement susceptible de faire l'objet de multiples mises en œuvre."

Art. 2. - Les deux premiers alinéas de l'article 19 du décret du 17 juillet 1978 susvisé sont remplacés par les dispositions suivantes:

« En ce qui concerne les traitements effectués pour le compte de l'Etat, l'acte mentionné à l'article 15 de la loi du 6 janvier 1978 susvisé est, en cas d'avis favorable de la commission, signé par l'autorité compétente, en vertu de l'article 12, pour présenter la demande d'avis.

« Dans le cas de traitements automatisés opérés pour le compte d'une collectivité territoriale, la décision est prise, en cas d'avis favorable de la commission, par le maire, le président du conseil général, le président du conseil régional ou par le président de l'assemblée de Corse, selon le cas. »

Art. 3. - Le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'intérieur et le ministre des départements et territoires d'outre-mer, porte-parole du Gouvernement, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 4 avril 1991.

MICHEL ROCARD

Par le Premier ministre:

Le ministre de l'intérieur,
PHILIPPE MARCHAND

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
HENRI NALLET

Le ministre des départements et territoires d'outre-mer,
porte-parole du Gouvernement,
LOUIS LE PENNEC

MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE ET DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE

COMMERCE ET ARTISANAT

Décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1^{er} de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social
NOR COM9060022D

Le Premier ministre,

Sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre de l'industrie et de l'aménagement du territoire et du ministre délégué au commerce et à l'artisanat,

Vu le code pénal, notamment son article R. 25;

Vu l'article 1^{er} de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social;

Le Conseil d'Etat (section des finances) entendu,

Décrète:

Art. 1^{er}. - Le document prévu au premier alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 susvisée doit contenir les informations suivantes:

1° L'adresse du siège de l'entreprise et la nature de ses activités avec l'indication de sa forme juridique et de l'identité du chef d'entreprise s'il s'agit d'une personne physique ou des dirigeants s'il s'agit d'une personne morale; le cas échéant, le montant du capital;

2° Le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou le numéro d'inscription au répertoire des métiers et, dans le cas où la marque qui doit faire l'objet du contrat a été acquise à la suite d'une cession ou d'une licence, la date et le numéro de l'inscription correspondante au registre national des marques avec, pour les contrats de licence, l'indication de la durée pour laquelle la licence a été consentie;

3° La ou les domiciliations bancaires de l'entreprise. Cette information peut être limitée aux cinq principales domiciliations bancaires;

4° La date de la création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution, y compris celle du réseau d'exploitants, s'il y a lieu, ainsi que toutes indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle acquise par l'exploitant ou par les dirigeants.

Les informations mentionnées à l'alinéa précédent peuvent ne porter que sur les cinq dernières années qui précèdent celle de la remise du document. Elles doivent être complétées par une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché.

Doivent être annexés à cette partie du document les comptes annuels des deux derniers exercices ou, pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, les rapports établis au titre des deux derniers exercices en application du troisième alinéa de l'article 341-1 de la loi n° 66-337 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales;

5° Une présentation du réseau d'exploitants qui doit comporter:

a) La liste des entreprises qui en font partie avec l'indication pour chacune d'elles du mode d'exploitation convenu;

b) L'adresse des entreprises établies en France avec lesquelles la personne qui propose le contrat est liée par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée; la date de conclusion ou de renouvellement de ces contrats est précisée;

Lorsque le réseau compte plus de cinquante exploitants, les informations mentionnées à l'alinéa précédent ne sont exigées que pour les cinquante entreprises les plus proches du lieu de l'exploitation envisagée;

c) Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document. Le document doit préciser si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé;

d) S'il y a lieu, la présence, dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat proposé, de tout établissement dans lequel sont offerts, avec l'accord exprès de la personne qui propose le contrat, les produits ou services faisant l'objet de celui-ci;

6° L'indication de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, ainsi que le champ des exclusivités.

Le document doit, en outre, préciser la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat devra engager avant de commencer l'exploitation.

Art. 2. - Sera punie des peines d'amendes prévues pour les contraventions de la 5^e classe toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité sans lui avoir communiqué, vingt jours au moins avant la signature du contrat, le document d'information et le projet de contrat mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 susvisée.

En cas de récidive, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la 5^e classe sont applicables.

Art. 3. - Le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'industrie et de l'aménagement du territoire et le ministre délégué au commerce et à l'artisanat sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 4 avril 1991.

MICHEL ROCARD

Par le Premier ministre:

Le ministre délégué au commerce et à l'artisanat,
FRANÇOIS DOUBIN

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
HENRI NALLET

Le ministre de l'industrie
et de l'aménagement du territoire,
ROGER FAUROUX

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

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

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

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

B/Les sanctions civiles

En premier lieu, il ne fait guère de doute que l'article 1er de la Loi du 31 Décembre 1989 doit être considéré comme étant un texte d'ordre public.

Cependant, il convient de s'interroger sur la nature de cet ordre public.

En effet, s'il s'agit d'un ordre public de direction, comme pourrait tendre à le laisser penser l'existence des dispositions répressives sus-examinées, l'absence de divulgation entraînerait une nullité absolue du contrat.

S'il s'agit d'un ordre public de protection, comme cela est plus probable car les dispositions de la Loi du 31 Décembre 1989 visent bien à protéger la partie considérée comme la plus faible en lui assurant un consentement éclairé, la nullité du contrat, à défaut de divulgation préalable, sera relative.

Outre, les délais de prescription différents et la détermination des

personnes pouvant demander la nullité, la principale distinction entre les deux types de nullité est que la seconde peut être couverte par une confirmation.

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

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

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

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

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

CONCLUSION

La Disclosure renforcera la sécurité juridique des disclosés.

Pour les disclosants sérieux, l'innovation n'est pas considérable puisqu'ils délivraient souvent de manière spontanée bon nombre des renseignements prévus par le texte. Cependant, le changement résidera pour eux dans une rédaction formelle et délicate du document, qui devra être réalisée avec beaucoup d'attention.

Philippe LAPEYRERE
Avocat à la Cour de PARIS

NOUVELLES BREVES

***L'arrêté du 21 Février 1991, la transparence du franchisé.**

Une réglementation, passée inaperçue en raison du décret d'application de la Loi DOUBIN, oblige le franchisé à informer le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble de ses documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente. Cette disposition sera applicable le 1er Septembre 1991.

***Encore du nouveau sur la détermination du prix.**

Par un arrêt remarqué du 22 Janvier 1991, la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation a débouté un commerçant de sa demande de nullité sur le fondement de l'article 1129 du Code Civil en considérant que *"le contrat (qui était un contrat de fourniture exclusive) ne s'identifiait pas avec les contrats de vente successifs nécessaires à sa mise en oeuvre comportant essentiellement des obligations de donner pour lesquelles il n'est pas allégué que la convention s'opposait à ce que les prix de vente fussent librement débattus et acceptés par les parties"*.

Il est à craindre qu'il s'agisse d'un arrêt d'espèce eu égard à la formulation adoptée par la Cour Suprême et au fait qu'il s'agissait de fourniture et non d'approvisionnement exclusif.

***La responsabilité pré-contractuelle du franchiseur.**

La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation a considéré que commettait une faute le franchiseur qui avait établi des comptes d'exploitation prévisionnels exagérément optimistes alors qu'il avait avoué par la suite l'impossibilité d'éviter des déficits chroniques.

***L'essentiel sur la Loi du 4 Janvier 1991 relative aux marques mettant la Loi Française en conformité avec le droit communautaire.**

Une innovation introduite par le législateur Français tient dans la procédure d'opposition par les tiers à l'enregistrement d'une marque lorsque ces tiers bénéficient d'une date de dépôt antérieure, d'une date de priorité antérieure ou d'une marque antérieure notoirement connue. Le tiers peut également être le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation sur la marque. L'opposition doit survenir dans les deux mois de la publication de la demande d'enregistrement de la marque et il doit être, en règle générale, statué sur celle-ci dans les 6 mois. Le Directeur de l'INPI est compétent pour statuer sur cette opposition mais la procédure d'appel semble faire l'objet d'une controverse.

D'autres dispositions visent à mettre le droit Français en conformité avec la Directive CEE 89-104 du 21 Décembre 1988, comme par exemple la définition des signes susceptibles de constituer une marque.

Dans l'attente du décret d'application, la Loi entrera en vigueur le 28 Décembre 1991.

EDITIONS GAST Sa.r.l.

RCS PARIS 330338757

1 AVENUE BUGAUD

75116 PARIS

Tel:47.27.48.50

DEPOT LEGAL :2° trimestre 1991

DIRECTEUR :

Philippe Gast

REDACTEUR EN CHEF: Philippe Lapeyrere

REDACTEUR ADJOINT: Titiane Soualle

REALISATION :

Darouny Phanekham

ISSN: 2-9500 788-1-8

Tous droits de reproduction réservés. Toute reproduction même partielle ne peut être faite sans l'accord expres du support.