



# *Lettre Européenne* *de la Franchise et de la Concurrence*

OCTOBRE-NOVEMBRE 93

## LA NAISSANCE DU "SQUARE DE L'ENSEIGNE"

Les travaux des Commissions de l'Association des Directeurs de Réseaux (C. E. D. R. E. - Club Européen des Directeurs de Réseaux) viennent de donner naissance à un nouveau projet : le Square de l'Enseigne, nouvel instrument de valorisation du commerce des villes de petite et moyenne importance.

Le constat de départ ayant donné lieu à la création de ce concept dynamique, est que très peu d'enseignes nationales s'implantent dans des villes de moins de 50.000 habitants, pour des raisons de coût et de rentabilité.

Mais créer des "espaces commerciaux" de 300 m<sup>2</sup> environ, et rassemblant de quatre à six enseignes complémentaires, permettra à des réseaux dynamiques de s'attaquer à de nouveaux marchés, alors que les consommateurs pourront bénéficier, à domicile, de l'implantation d'enseignes de renommée nationale, voire internationale.

C'est une nouvelle illustration du pouvoir de l'imagination des acteurs du commerce moderne, qui constitue l'un des principaux moyens devant nous permettre de vaincre la morosité ambiante, et de dynamiser la distribution traditionnelle.

Rendez-vous dans le Square ! .....

Olivier GAST  
Avocat à la Cour

**EDITORIAL**

## COMPTES D'EXPLOITATION PREVISIONNELS : UN FRANCHISEUR EST CONDAMNE A VERSER VINGT MILLIONS DE DOMMAGES-INTERETS !

La société BUT vient d'être condamnée par le Tribunal de Commerce de Paris, le 30 Septembre 1993, au paiement de la somme de 20 millions de francs à l'une de ses affiliées.

Dans le cadre des relations pré-contractuelles, le franchiseur avait fait établir un compte d'exploitation prévisionnel par son service spécialisé. Une fourchette de chiffre d'affaires avait été dégagée sur la base de ce document, la future affiliée étant informée qu'il lui était délivré sans aucune garantie de résultat.

Toutefois, un écart de 30 % entre le chiffre d'affaires effectivement réalisé et le chiffre le plus bas de la fourchette de résultats communiquée à titre prévisionnel avait été constaté.

Pour les juges consulaires, cet écart était démonstratif du fait que l'étude de marché était entachée d'une erreur manifeste, engageant la responsabilité de la société BUT et ce, que les résultats

prévisionnels aient ou non été communiqués à titre strictement indicatif.

*“Attendu que, même si la société BUT fait remarquer que l'étude de marché et les prévision de budget réalisées ne comportent aucune garantie de résultat, il n'en demeure pas moins que la différence entre 121,16 millions de francs TTC et le chiffre réalisé, 64 millions de francs TTC, souligne la légèreté et l'incompétence des services spécialisés de cette société et engage donc la responsabilité de la société BUT.”*

Le Tribunal s'est également basé sur le fait que les prévisions et l'étude de marché réalisées, par ailleurs facturées à la candidate à l'intégration du réseau BUT, avaient servi de base au montage de l'opération dont cette dernière assumait seule aujourd'hui les conséquences financières.

Il a lourdement condamné la société BUT à réparer le préjudice financier et moral ainsi causé à l'affiliée.

Nous rappellerons donc que le plus grand professionnalisme doit présider à l'élaboration des comptes d'exploitation prévisionnels, que ces documents soient ou non remis avec le document d'information pré-contractuelle requis par la loi Doubin.

A cet effet, notre conseil, pour garantir le sérieux des documents délivrés aux candidats, est la remise d'un compte d'exploitation élaboré sur la base de la moyenne des résultats de l'ensemble des points de vente du réseau considéré.

La réalité des informations délivrées ne pourra alors être remise en cause.

# Olivier GAST

propose

## "LABEL" pour la franchise

Olivier GAST vient de proposer la création d'un "label" de service pour les franchiseurs, pour assurer une nouvelle démarche qualitative, rassurer encore plus le candidat franchisé, et compléter ainsi la Loi Doubin.

Il est d'abord nécessaire de préciser que l'expression "label de service" est impropre, constitutive d'un abus de langage, car il s'agit en réalité d'une marque collective de service, largement inspirée du système de "certificat de qualification".

Le certificat de qualification, est défini et régi par l'article 22 alinéa 1 de la Loi du 10 Janvier 1978 dite loi SCRIVENER de la façon suivante :

*"Constitue un certificat de qualification, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, toute inscription, tout signe distinctif, tout document ou titre joint tendant à attester à des fins commerciales, qu'un produit industriel, un produit agricole non alimentaire transformé ou un bien d'équipement commercialisé en France présente certaines caractéristiques spécifiques ayant fait l'objet d'un contrôle par un organisme distinct du fabricant, de l'importateur ou du vendeur."*

Il existe aujourd'hui, dans le cadre de la Fédération Européenne de la Franchise un Code de Déontologie Européen qui est appliqué en principe par les adhérents dans tous les pays membres de la Communauté Européenne ; ce Code de Déontologie Européen manque malheureusement de structure et de musculature pour pouvoir être véritablement appliqué et contrôlé. Par manque de moyens, ce Code de Déontologie reste à

l'état de littérature, un peu "lettre morte", en comparaison à la Loi DOUBIN en France.

La création d'un tel "label" de service permettrait, notamment, de donner une structure et une musculature au Code de Déontologie Européen, afin que ce dernier devienne véritablement une référence. Une Commission créée au sein de la F. F. F. permettrait d'attribuer un logo aisément reconnaissable (le "label"), et de le retirer à tout franchiseur qui ne respecterait pas le Code de Déontologie Européen.

Il existe d'ores et déjà, dans notre système juridique actuel, une **certification d'entreprise**, qui a pour objet de certifier que le système d'assurance de la qualité d'une entreprise est conforme à l'un des trois modèles normalisés de la série des normes ISO 9000 (ISO 9001 - 9002 ou 9003), l'idée étant que l'entreprise dont l'organisation de qualité a été jugée satisfaisante mérite la confiance de ses clients.

Il existe aussi une **certification de produits**, son objet étant de certifier qu'un produit ou un bien d'équipement possède certaines caractéristiques spécifiques ayant fait l'objet d'un contrôle par un organisme tiers. En règle générale, elle se traduit en France par des examens initiaux et par une surveillance des produits certifiés.

Il existe également une **certification de personnes**, son objet étant de certifier la compétence d'une personne pour accomplir des tâches déterminées. Elle s'est essentiellement développée dans les domaines ayant trait à l'obtention ou à la

vérification de la qualité, tels que le soudage, les essais non destructifs et l'audit de qualité. Elle passe en général par une phase de qualification, puis à la phase de certification proprement dite. Les critères de qualification des auditeurs de systèmes qualité sont définis par la norme ISO 10011 - Partie 2.

Il existe encore une **certification de services**, qui est celle qui nous intéresse dans le cas présent.

Il s'agit d'une notion récente, encore très peu développée en France et qui constitue l'équivalent pour les services de la certification de produits. Elle n'a de sens que si le service rendu est effectivement caractérisable, mesurable et contrôlable et s'il peut faire l'objet d'une description objective dans un référentiel technique pré-établi. Elle doit être distinguée de la qualification professionnelle ou de la certification d'entreprise, qui peuvent également concerner des entreprises prestataires de services.

L'ensemble de ces certifications relève donc d'un mouvement de qualité qui répond aux attentes des entreprises confrontées aujourd'hui aux défis liés à l'achèvement du marché intérieur européen, la qualité étant devenue pour elles un paramètre essentiel de compétitivité, de pérennité et de développement.

Ce mouvement qualitatif est favorisé par les instances communautaires : la DG 23 à BRUXELLES et la Direction du Commerce Intérieur sont tout à fait favorables à ce mouvement de certification. Il en est ainsi à BRUXELLES car la Commission veut favoriser tout mouvement

d'auto-régulation des métiers, de façon à éviter une trop grande "paperasserie" réglementaire.

De plus, il existe aujourd'hui un avant-projet de modification de la loi du 10 janvier 1978 dite loi SCRIVENER sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, concernant la certification des produits et des services.

Constitue une certification de produits ou de services, soumise aux dispositions de cette loi, toute forme d'activité pour laquelle un organisme distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur ou du prestataire atteste à la demande de celui-ci qu'un produit ou un service destiné à des fins commerciales présente certaines caractéristiques ayant fait l'objet d'un contrôle.

Ces caractéristiques sont décrites dans un référentiel, c'est-à-dire un document technique définissant notamment les qualités attendues d'un service et les modalités de leur contrôle.

Sans entrer dans le cadre de cet article dans des considérations trop juridiques, Maître Olivier GAST indique que ce projet de "label" est applicable dès aujourd'hui, et que le projet de Loi devrait passer lors de la prochaine session parlementaire de printemps.

Il va donc y avoir, pour la certification de services, la naissance d'une forme de "label" de service. C'est d'ailleurs ce qui est actuellement réalisé en ce moment dans le monde des parfumeurs distributeurs, où Maître Olivier GAST contribue à la création d'un projet de "label" c'est-à-dire une certification de service pour que les parfumeurs dans le domaine de la distribution sélective puissent, au travers d'un métier qui veut exister, procéder à une démarche qualitative. Toutefois, il existe encore une légère difficulté, d'ordre juridique. La loi SCRIVENER régit en France les relations avec les consommateurs, alors que le candidat-franchisé n'est pas un consommateur.

Il serait possible cependant de trouver une formule intermédiaire qui pourrait parfaitement fonctionner : le "label" de la Fédération Européenne de la Franchise ou de la Fédération Française de la Franchise, avec comme support, ainsi que je l'indiquais tout à l'heure, le fameux Code de Déontologie Européen, au travers de la loi de 1991 qui a réformé le régime des marques collectives.

Le "label" franchise pourrait rentrer dans le champ d'application du régime juridique de ces marques collectives.

Le logo de la F. F. F. ou tout autre logo à créer, pourrait être protégé à titre de marque collective, accompagné en annexe à l'I. N. P. I d'un référentiel.

Dans le cas présent, ce référentiel pourrait être constitué par le Code de Déontologie Européen de la franchise, ou tout autre document établi ou validé en concertation avec les partenaires intéressés, tel que règlement, norme ou autre spécification de titre normatif.

La Fédération Française de la Franchise, puis, dans un deuxième temps, la Fédération Européenne de la Franchise, à la façon d'un organisme certificateur, contrôlerait l'attribution, l'application et le retrait de ce "label" par l'intermédiaire d'une Commission de contrôle neutre et impartiale.

L'autre alternative serait de déposer cette même marque, ce logo F. F. F. à titre de marque collective de certification, mais il faudrait alors attendre que le projet de loi sur les certifications de service soit adopté.

L'objectif de cette démarche qualitative que la Fédération Française pourrait mettre en place, est, autour d'une communication médiatique importante, de faire connaître et d'appliquer véritablement le Code de Déontologie.

Il serait possible de valoriser ce Code au travers du logo -

envisagé comme un "label" -, chaque franchiseur, et chaque franchisé membre du réseau agréé, pouvant bénéficier de cette marque collective ou du certificat de qualité.

Ce "label" permettrait ainsi de valoriser les bons franchiseurs qui respectent le Code de Déontologie, la "Commission de Contrôle" pouvant d'ailleurs retirer ledit "label" s'il était démontré par la suite qu'un franchiseur ne respecte pas le Code de Déontologie Européen de la Franchise.

En effet, si aujourd'hui les Franchiseurs peuvent adhérer à la Fédération Française de la Franchise, s'engager à respecter Code de Déontologie Européen et bénéficier ainsi d'une aura de respectabilité, il n'y a malheureusement pas de contrôle à posteriori et de sanction pour les franchiseurs indécents.

Cela permettrait également, dans cette même démarche qualitative et quelque peu sélective, de rassurer le candidat et plus généralement le public, et donc de permettre à la franchise sérieuse de se démarquer des autres franchises.

Il est rappelé que ce "label" de service constituerait un complément dynamique de la loi DOUBIN, avec comme autre avantage, une européanisation plus facile que celle de la Loi DOUBIN.

Il serait possible d'entamer cette démarche qui pourrait aboutir effectivement à l'identification des bons franchiseurs au travers d'un logo, propriété de la Fédération Française de la Franchise, ayant comme support et comme cahier des charges le Code de Déontologie Européen de la Franchise, contrôlé par une Commission de Contrôle, ce qui permettrait enfin à ce Code d'exister, de vivre et de bénéficier d'un contenu concret et opérationnel.

**Franchise Mac Donald's : vers une reconnaissance de la notion d'unité économique et sociale ?**

Le Tribunal d'instance de LYON vient de juger qu'un ensemble de franchisés Mac Donald's regroupés au coeur de la région lyonnaise constituait une "unité économique et sociale", en raison de la similitude de convention collective, des feuilles de paie, des instructions et de la formation des différents établissements en cause.

De plus, le Tribunal a retenu le fait que depuis 1986, une équipe dirigeante centrale prenait en charge la gestion de la croissance des points de vente en s'appuyant sur des fournitures et des services communs.

En conséquence, les dirigeants de Mac Donald's France ont été contraints d'organiser des élections afin de mettre en place un comité d'entreprise, conformément à la décision du Tribunal. Ils vont toutefois former un pourvoi en cassation à l'encontre de ce jugement du Tribunal d'instance de LYON.

Pour Maître Olivier GAST, cette décision s'explique aux motifs suivants : *"Le contrat que les franchisés signent avec Mc Donald's est issu du droit anglo-saxon. Il ignore la notion de fonds de commerce, particulière au droit français et tellement minoritaire à l'intérieur de l'Europe qu'elle en devient obsolète.*

*De fait, le contrat passé avec Mc Donald's est extrêmement contraignant pour le franchisé. Il ne dispose pas de la propriété commerciale ni de la propriété de la clientèle. Elles sont détenues, en réalité, par le franchiseur. C'est sans doute ce qui a motivé les conclusions du tribunal."*

*(Tribunal d'instance de Lyon, jugement du 1er Juillet 1993, inédit.)*

**La protection de l'idée commerciale**

Dans le but de créer un "look spécifique" pour les salons de son réseau, un franchiseur est contraint de mettre en oeuvre des investissements souvent très importants, et qu'il est nécessaire de protéger contre d'éventuels parasites.

C'est pourquoi deux nouvelles jurisprudences, de la Cour d'Appel et du Tribunal de Commerce de Paris, sont particulièrement prometteuses pour les franchiseurs désireux de protéger leurs créations.

Dans la première espèce, deux franchisés "Jean-Claude BIGUINE" avaient quitté le réseau afin de monter leur propre salon.

Le franchiseur, la société CINDERELLA, avait alors assigné ses anciens franchisés en concurrence déloyale et parasitaire, et avait obtenu gain de cause devant le Tribunal de Commerce de Paris.

En cause d'appel, la Cour a examiné l'éventuelle identité des deux salons, en comparant dans ce but le savoir-faire utilisé, ainsi que le mode de présentation de ces salons. La Cour a retenu une concurrence déloyale des anciens franchisés par agissements parasites, ces derniers utilisant des modèles de peignoirs ainsi que des codes couleurs identiques à ceux de leur ancien réseau.

Dans la seconde espèce, la société GEROME COIFFURE exploitait quatre réseaux franchisés de salons de coiffure, sous l'enseigne "JEAN-LOUIS DAVID".

L'un de ses anciens franchisés avait décidé de quitter le réseau et d'exploiter ses salons sous son propre nom patronymique. Le franchiseur l'avait assigné en violation de ses obligations de non-concurrence, et de confidentialité.

Pour le Tribunal de Commerce de PARIS, le fait d'avoir développé un réseau concurrent constitue une atteinte à l'obligation post-contractuelle de non-concurrence, clause nécessaire à la préservation des intérêts du franchiseur.

Ainsi, en retenant l'idée publicitaire ainsi que la présentation en qualité d'éléments constitutifs du savoir-faire, ce jugement attribue une valeur économique à certains de ses éléments immatériels.

Le savoir-faire ainsi que l'idée publicitaire constituant une "idée commerciale", il est nécessaire de la protéger contre d'éventuels pilleurs sans scrupules désireux de s'approprier l'effort économique de leur concurrent : gare donc à l'action en concurrence déloyale !

Nos efforts pour faire assurer par les Tribunaux la protection du savoir-faire au travers de la théorie de l'idée commerciale commencent à triompher. La jurisprudence accorde aujourd'hui une valeur économique aux éléments immatériels que sont le savoir-faire et l'idée publicitaire, et renforce la jurisprudence CHEVIGNON du 23

Mars 1992. Souhaitons maintenant que la doctrine suive la même voie.

*(CA Paris, 1er Juillet 1993, inédit ; Jugement du Tribunal de Commerce de Paris, 22 Juin 1993, inédit.)*

**Loi Doubin : la jurisprudence se renforce**

La loi n° 89-1008 du 31 Décembre 1989, dite loi "Doubin", a été publiée au Journal Officiel du 2 Janvier 1990.

Si cette loi prévoyait en son alinéa 2 que le contenu du document serait fixé par décret, elle indiquait déjà certains renseignements devant figurer dans le document d'information pré-contractuelle, dont il était également prévu qu'il devait être remis avec le projet de contrat 20 jours avant la conclusion définitive du contrat.

Le document d'information devait contenir, pour mémoire, des renseignements relatifs "notamment, (à) l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités."

Le décret d'application a été adopté le 4 Avril 1991, et publié au Journal Officiel du 6 Avril 1991. Toutefois, dans la période intermédiaire allant du jour de publication de la loi au jour de publication de son décret d'application, l'obligation de délivrance d'un document d'information et du projet de contrat était d'ores et déjà applicable, même si le contenu de ce document était plus léger que celui devant être fourni après le 6 Avril 1991.

La conclusion de tout contrat au cours de cette période intermédiaire sans avoir été précédée de la remise d'un document d'information et du projet de contrat, 20 jours avant la signature du contrat, est indéniablement susceptible d'être entachée de nullité.

Ainsi, la Cour d'Appel de Paris vient de confirmer le jugement du Tribunal de Commerce de Paris du 25 Novembre 1991, aux termes duquel un contrat de franchise conclu le 17 Janvier 1991, soit entre la date de publication de la loi et celle de son décret d'application était nul pour absence de remise du projet de contrat dans les conditions prévues par la loi Doubin.

En conséquence, la restitution des

sommes versées par le franchisé lors de la conclusion du contrat a été ordonnée.

(CA Paris, 7 Avril 1993, inédit.)

Plus récemment, le Tribunal de Commerce de Paris a condamné un concédant à restituer à un ancien concessionnaire les sommes versées dans le cadre de l'intégration du réseau.

Ce concessionnaire avait décidé de renoncer à l'entrée dans ce réseau, trois jours après la date de conclusion du contrat de pré-concession et du versement des sommes requises. Le concédant, estimant pouvoir faire application de la clause de dédit prévue au contrat, avait refusé de procéder à la restitution de l'intégralité des sommes, conservant de ce fait une somme substantielle à titre de dédit, ce que le concessionnaire avait accepté par la conclusion d'un protocole transactionnel.

Toutefois, le Tribunal a jugé qu'il ne pouvait être fait application d'une clause de dédit contenue dans un contrat nul pour absence de respect de la loi Doubin, et que d'autre part, le protocole transactionnel ne contenait aucune renonciation de la part du concessionnaire à se prévaloir des dispositions protectrices de la Loi Doubin. Le concédant a donc été condamné à restituer l'intégralité des sommes qu'il avait perçues.

(Tribunal de Commerce de Paris, 29 Septembre 1993, inédit.)

**Une caution vient à bout d'une banque**

Une grande banque nationale vient d'être déboutée de sa demande en paiement d'une caution, qui avait été accordée en garantie d'un découvert de compte et d'un prêt, destinés à financer le lancement de l'exploitation d'un magasin franchisé dans le secteur de la vente de cuisines aménagées.

La société franchisée fut mise en liquidation judiciaire, et la banque réclama alors le paiement de la caution au dirigeant de la société franchisée et à son épouse. Dans ce type de contentieux, généralement favorable aux banques, les cautions ont bien souvent du mal à se faire entendre.

Or, dans le cas présent, le Tribunal a considéré que la banque qui avait conclu une convention avec le franchiseur pour l'obtention de prêts au bénéfice des franchisés, devait

renseigner les emprunteurs et les cautions sur la situation du réseau et les risques éventuels de l'opération.

Cette obligation était d'autant plus forte que l'état général du réseau était alarmant, au regard du nombre de faillites constaté à cette époque.

Cette jurisprudence est intéressante, en ce qu'elle fait peser sur une banque, qui entretenait des relations d'affaires très étroites avec le franchiseur, une obligation de conseil renforcée, ainsi qu'une obligation de renseignement, en raison de sa grande connaissance du réseau.

(TGI de Saintes, jugement du 5 Octobre 1993, inédit.)

**La clause d'exclusivité territoriale dans les contrats de franchise**

La clause d'exclusivité territoriale ne constitue pas une obligation substantielle de validité d'un contrat de franchise. Cependant, comme toute obligation contractuelle, elle doit être respectée par les parties au contrat, un manquement suffisamment grave pouvant justifier la résiliation dudit contrat.

En l'espèce, la société Kookai avait conclu avec la société Belle Epine un contrat de franchise aux termes duquel elle concédait à cette dernière le droit d'exploiter seule la marque Kookai dans une zone territoriale donnée. Toutefois, le franchisé avait constaté que des produits Kookai étaient commercialisés dans deux autres boutiques du centre commercial dans lequel il exploitait la franchise.

La Cour d'Appel résilia le contrat de franchise aux torts du franchiseur, en retenant que la société KOOKAI avait manqué à une obligation essentielle qui était d'assurer le respect de la clause d'exclusivité territoriale.

La Cour de Cassation rappelle ici que cette obligation n'est pas de l'essence même du contrat, mais que, comme toute autre obligation contractuelle, son inexécution peut entraîner la résiliation du contrat si elle est suffisamment grave.

(Cass. Com. 9 mars 1993, SA Kookai c/ SARL Belle Epine Selection.)

**Les nouveaux épisodes de la série jurisprudentielle sur la détermination des prix**

La Cour de Cassation avait rendu le 23

Juin 1992 trois arrêts particulièrement importants en matière de nullité pour indétermination du prix. (Cass. Com. 23 Juin 1992, "Lettre Européenne de la Concurrence et de la Distribution, Décembre 1992 - Janvier 1993.)

Dans le premier de ses arrêts, la Cour avait rappelé les règles applicables en matière de détermination du prix des contrats comportant une obligation d'approvisionnement exclusif. Dans les second et troisième arrêts, la Cour avait tiré les conséquences logiques de l'annulation du contrat-cadre, en étendant la nullité aux opérations d'application du contrat entaché de nullité.

Une fois prononcée, alors que le contrat a reçu une exécution, totale ou partielle, la nullité produit un effet rétroactif, cet effet s'appliquant aussi bien au contrat-cadre qu'à ses contrats d'application. En conséquence, l'obligation de payer le prix des livraisons successivement effectuées disparaît, le franchisé devant restituer les marchandises livrées. Une restitution en nature étant par définition impraticable, le franchisé doit restituer le prix des diverses livraisons, non pas au prix facturé par le fournisseur, qui inclut son bénéfice, mais en fonction de la seule valeur réelle des produits livrés.

Ainsi, les magistrats de la Chambre Commerciale ont dit pour droit que le fournisseur était fondé, en raison de la nullité des conventions pour indétermination du prix, à obtenir paiement, non pas du prix des produits livrés au tarif qu'il demandait et qui aboutissait à l'exécution de contrats nuls, mais de la valeur réelle des produits livrés en excluant tout bénéfice pour ce dernier.

Afin de tenter de faire obstacle à la nullité de la convention pour indétermination du prix, il était quelquefois fait référence à l'arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 22 Janvier 1991, dans lequel la Cour avait disposé que des contrats-cadre de distribution, qui engendrent essentiellement des obligations de faire - par opposition aux obligations de donner -, échappaient à l'obligation d'une déterminabilité du prix des produits livrés en exécution des contrats d'application de la convention-cadre.

Un nouvel arrêt de la Chambre commerciale, en date du 23 Février 1993, vient toutefois de faire rebondir les conséquences attachées au fait que les obligations résultant du contrat-cadre sont quelquefois

qualifiées "d'obligations de faire".

La Cour a en effet jugé que "l'obligation de fournir (.....) constituait une simple obligation de faire ; que dans ces conditions, le fait que les prix comme les quantités aient été soumis, pour les années suivantes, à la discussion ultérieure des parties n'était pas en soi une cause de nullité de la convention, dès lors qu'il n'était pas invoqué qu'une des parties pouvait, sur l'un de ces points, imposer sa volonté à son cocontractant ;".

Ainsi, la nullité d'une telle convention est toujours encourue, lorsque la détermination des prix des produits est laissée à la seule volonté de l'une des parties au contrat, et ce, bien que le contrat ait été considéré comme générant des "obligations de faire".

(Cass. Com. 23 Février 1993, SA Etablissements Champion et SARL Les Frères Gourmet, D. 1993., 379.)

#### **La notification des contrats de franchise auprès de la Commission des Communautés Européennes**

Les enquêtes effectuées par la DGCCRF (Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes) dans de nombreux secteurs se multiplient actuellement, l'examen portant notamment sur les dispositions des contrats utilisés au sein de réseaux de franchise.

Certains contrats s'insèrent parfaitement dans le "cadre d'exemption" fixé par le Règlement d'exemption par catégorie n° 4087/88 de la Commission des Communautés Européennes, en date du 30 Novembre 1988.

Dans cette première hypothèse, aucun problème ne se pose au franchiseur, la primauté du droit communautaire garantissant à ce dernier que son contrat ne pourra être critiqué par les services de la DGCCRF (sous réserve des dispositions éventuellement prohibées par la législation française, sans être appréhendées par le droit communautaire de la concurrence). Certains contrats peuvent comporter des clauses qui ne respectent pas idéalement le Règlement d'exemption précité.

Dans cette hypothèse, nous rappellerons tout l'intérêt pour les franchiseurs qui ont un doute sur la parfaite validité de leur contrat de franchise, de procéder à sa notification auprès de la Direction Générale de la

Concurrence de la Commission de Bruxelles, afin de bénéficier soit d'une exemption individuelle, soit d'une procédure de non-opposition.

Pour ce faire, le contrat doit au préalable être notifié à la Direction Générale de la Concurrence de la Commission de Bruxelles. Après examen du contrat, la Commission déterminera si, bien que contenant des restrictions de concurrence, le contrat peut ou non bénéficier d'une exemption individuelle en application des dispositions de l'article 85-3 du Traité de Rome. Aussi longtemps qu'un accord n'a pas été dûment notifié à la Commission, cette dernière ne peut répondre à une demande formulée par l'entreprise en cause.

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

Le contrat peut également faire l'objet d'une procédure simplifiée dite de "non-opposition", destinée à certains accords qui ne s'adaptent pas parfaitement au moule du Règlement, sans comporter de clauses prohibées tout en comportant l'intégralité des clauses obligatoires.

La notification du contrat effectuée dans le but d'une non-opposition de la part de la Commission ouvre à cette dernière un délai de six mois pendant lequel la Commission pourra ou devra faire opposition à l'application du Règlement d'exemption, l'absence de réponse de la Commission dans ce délai équivalant à une acceptation de l'application du Règlement à l'accord notifié. Dans cette dernière hypothèse, le contrat bénéficie expressément de la protection et de la portée juridique qui s'attache au Règlement communautaire.

#### **De l'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence**

La victime présumée d'une infraction incriminée par les articles 85 et 86 du Traité de Rome (ententes illicites et abus de position dominante) peut, depuis l'adoption de la Communication du 13 février 1993 de la Commission Européenne, s'adresser soit à la Commission, soit au juge national de

son pays, selon que sa "plainte présentera ou non un intérêt politique, économique, ou juridique particulier pour la Communauté".

Les juges nationaux se trouvent ainsi appelés à contribuer de façon plus systématique qu'auparavant à la mise en oeuvre de la politique de la concurrence.

Afin de favoriser cette opération, il est également donné la possibilité aux juges d'obtenir les informations nécessaires à l'exercice de leur mission auprès de la Commission.

(JOCE n° C 39/6, 13 Février 1993.)

#### **L'importance de la transmission du savoir-faire dans les réseaux de franchise**

Le contrat de franchise organise la réitération par le franchiseur de la réussite commerciale du franchisé. Lorsqu'il n'obtient pas le résultat escompté, le franchisé cherche à remettre en cause le contrat pour défaut d'objet, en invoquant à cet effet l'inexistence du savoir-faire.

La sanction prononcée en cas de défaut de transmission peut être soit l'annulation du contrat pour défaut de cause, soit la résolution pour inexécution de l'obligation de communiquer un savoir-faire pertinent.

Il n'est pas toujours aisé d'apprécier la réalité du savoir-faire commercial : en ce qui concerne les marques dites "notoires", les juges considèrent que le savoir-faire ressort moins de l'originalité et de l'exclusivité des éléments le constituant, que de l'expérience acquise par le franchiseur dans l'assemblage et dans la mise en oeuvre.

Il est également permis de considérer que la pertinence du savoir-faire s'induit des résultats qu'il a permis d'obtenir avant la conclusion du contrat de franchise.

Quelle que soit la notoriété de la marque, la transmission du savoir-faire se réalise par la communication du franchiseur au franchisé, d'un ou plusieurs documents dénommés Manuel(s) Opératoire(s) (ou, plus communément, "Bible d'exploitation").

La jurisprudence vient de rappeler qu'un franchisé qui n'exécute pas son obligation d'appliquer le savoir-faire du franchiseur ne saurait reprocher à ce

dernier une assistance insuffisante.

Une fois le savoir-faire transmis au franchisé, le franchiseur reste tenu d'une obligation de "soutien" de l'activité du franchisé par des conseils, voire même, en cas de nécessité, par une adaptation du savoir-faire commercial aux spécificités du marché où il intervient. Selon la jurisprudence, le franchiseur ne supporte à ce titre qu'une obligation de moyens.

Si la réussite du franchisé a été rendue impossible par une carence du franchiseur dans l'exécution de son obligation d'assistance, la responsabilité contractuelle de ce dernier peut être engagée.

Il résulte de ce qui précède que plus que jamais, la transmission de savoir-faire est un élément déterminant du

contrat de franchise. Elle constitue un "guide de la réussite", une voie que le franchisé doit emprunter pour être en mesure de réitérer l'application des méthodes qui ont conduit à la réussite commerciale du franchiseur, l'absence de transmission du savoir-faire exposant ce dernier à la nullité ou à la résolution de son contrat.

(CA Paris, 22 Septembre 1992, JCP ed E., 1992, Pan., n° 1293;  
PARIS, 5ème Chambre C, 11 Juin 1992, D 1992, IR p 277. ;  
PARIS, 5ème Chambre A, 29 Septembre 1992, D 1992, Somm. p 393.)

**Agences matrimoniales : infirmation spectaculaire d'un jugement par une Cour d'Appel**

Assigné par l'un de ses franchisés, un franchiseur exerçant ses activités dans le domaine du courtage matrimonial avait été condamné en première instance au paiement de la somme de 150.000 francs à titre de dommages-intérêts et à la somme de 6.000 francs en application de l'article 700 du N.C.P.C., la résiliation judiciaire du contrat de franchise ayant été prononcée aux torts exclusifs de la société franchiseur.

Après avoir interjeté appel, le franchiseur a obtenu une infirmation très nette du jugement de première instance l'ayant lourdement condamné : l'arrêt a en effet confirmé la résiliation judiciaire du contrat, mais cette fois-ci, aux torts exclusifs du franchisé ! Ce dernier est alors condamné à restituer les sommes perçues en application de l'exécution provisoire du jugement du Tribunal de Commerce, ainsi qu'au paiement au franchiseur d'une somme de plus de 55.000 francs.

En effet, le Tribunal de Commerce avait retenu une inexécution par le franchiseur des obligations mises à sa charge, ainsi qu'un refus de délivrer toute assistance au franchisé.

Toutefois, la Cour d'Appel a renversé la charge de la faute, en disposant que le franchiseur n'avait pas été en mesure d'apporter à son franchisé toute l'assistance qu'il se proposait à lui délivrer, la renonciation prématurée du franchisé à poursuivre l'exécution du contrat n'ayant pas permis d'établir la défaillance du franchiseur.

La Cour d'Appel a donc retenu une inexécution non-fautive par le franchiseur des obligations d'assistance mises à sa charge, la faute incombant au franchisé qui, par sa précipitation, n'avait pas laissé le temps au franchiseur de s'acquitter de ses obligations.

(CA Lyon, 3ème Chambre, 26 Février 1993, inédit.)

**La cession forcée des contrats de franchise**

En matière de cession forcée de contrats dans le cadre du règlement judiciaire d'une société, une jurisprudence que l'on pensait solidement établie (Cour d'Appel de Versailles, arrêt du 23 Juin 1988) vient d'être remise en cause par la Cour d'Appel de Paris, le 15 décembre 1992.

Le problème soulevé était celui de savoir si la cession forcée prévue pour les contrats de fourniture de biens ou de services, pouvait s'appliquer au contrat de franchise (article 86 de la Loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives).

Dans un premier temps, la jurisprudence avait répondu par l'affirmative, reconnaissant de la sorte au contrat de franchise, le caractère d'un contrat de fourniture de biens ou services.

Tel n'est pas l'avis de la Cour d'Appel de Paris qui estime au contraire que seuls les contrats liant le franchiseur à ses fournisseurs répondent à cette définition, et peuvent donc faire l'objet d'une cession forcée.

Une décision de la Cour de Cassation à cet sujet présenterait donc le plus grand intérêt.

S'agissant ensuite des possibilités de modification offertes au cessionnaire quant aux conditions d'exécution du contrat, l'arrêt de la Cour d'Appel de

Paris permet au repreneur (franchiseur cessionnaire), d'apporter certains changements dans son organisation et dans son fonctionnement, sous réserve d'obtention de l'accord exprès des franchisés appartenant au réseau cédé.

(Cour d'Appel de Paris, 3ème Chambre, Section A, 15 décembre 1992.)

**Du nouveau à l'Ouest : les propositions de révision de l'UFOC**

Une audience publique s'est récemment déroulée à Minneapolis (Minnesota), organisée par le "N.A.S.A.A. ("National American Securities Administrators Association") Franchise and Business Opportunity Committee".

Cette audience avait pour objet l'audition des principaux commentaires relatifs aux propositions de modifications des

"Uniform Franchise Offering Circular (UFOC) Guidelines" aux Etats-Unis, l'UFOC étant le modèle prescrit par la N.A.S.A.A pour la délivrance de l'information pré-contractuelle aux candidats-franchisés.

C'est aujourd'hui le modèle le plus utilisé par les franchiseurs : aussi les propositions de modifications des "UFOC Guidelines" sont-elles d'une importance capitale pour les franchiseurs.

Les remarques formulées étaient principalement relatives aux sujets suivants :

— *Les impératifs relatifs au langage utilisé dans le document délivré ("Plain English requirements") :*

Considérés par les franchiseurs comme onéreux, difficiles à mettre en oeuvre et empêchant la rédaction d'un seul document, valable dans chaque état de la Fédération, ces impératifs ont été approuvés par les représentants des franchisés, au motif qu'ils permettent une bien meilleure compréhension du document UFOC.

— *Coût de la mise en oeuvre de la réglementation :*

Selon les estimations de l'I.F.A. (International Franchise Association), le coût total d'une mise en conformité aux modifications proposées serait de l'ordre de 20 à 30 millions de dollars (soit une moyenne de \$ 10.000 par franchiseur établi aux Etats-Unis. D'après le Directeur du Conseil de l'I.F.A., ces coûts additionnels seraient vraisemblablement supportés,

finale, par les franchisés et les consommateurs.

— *Période de mise en conformité :*

Les franchiseurs ont fait savoir qu'une période de mise en conformité aux nouvelles dispositions, d'une durée de deux à trois ans, sera impérativement nécessaire afin qu'ils puissent préparer les documents conformes aux nouvelles normes.

— *Une "Déclaration des droits" des franchisés :*

Les représentants des franchisés ont présenté une proposition de "Déclaration des droits", relative à des points tels que le droit à une protection territoriale, le droit d'association entre franchisés, celui de ne pas se voir soumis à une clause de non-concurrence post-contractuelle, et le droit à ce que tous contentieux entre le franchiseur et ses franchisés soient toujours soumis à la compétence territoriale des Tribunaux du domicile des franchisés.

Le Comité N.A.S.A.A. va maintenant très vraisemblablement préparer un nouveau projet de modifications, qui prendra en compte les commentaires précités, ainsi que ceux de divers groupes, états et entreprises auxquels le projet a été soumis, avant de le présenter au N.A.S.A.A. avant la fin de l'année 1993.

Le Comité N.A.S.A.A. devrait maintenant maintenir les modifications relatives au langage utilisé, tout en prenant en compte les commentaires émanant des

franchiseurs et tels que relatifs au coût ainsi qu'au délai de mise en oeuvre de ces modifications. Toutefois, il est dès aujourd'hui presque assuré que le Comité N.A.S.A.A. ne tentera pas d'inclure dans les UFOC Guidelines modifiés une quelconque "Déclaration des droits" des franchisés.

Une fois approuvées par le N.A.S.A.A., les modifications entreront en vigueur lorsqu'elles auront été adoptées par les états, ainsi que par la Federal Trade Commission, garante du respect de la Loi Fédérale.

**Du nouveau en Océanie ... : l'adoption d'un code de la franchise**

L'Australie a adopté le 1er Février 1993 un Code de la Franchise, imposant notamment aux franchiseurs désireux de se prévaloir du respect de ce Code, la remise aux candidats-franchisés d'un document d'information pré-contractuelle précis et exhaustif. Ce Code d'auto-réglementation bénéficie d'un délai de deux années pour faire ses preuves. Si les résultats ne sont pas jugés suffisants à l'issue de ce délai, l'Australie adoptera alors une Loi réglementant très précisément le secteur de la franchise.

Le Code a été élaboré dans un langage très simple, facilement compréhensible, de manière à ce que les différentes parties puissent prendre pleinement conscience de la portée de leurs obligations et devoirs respectifs.

Le document de disclosure crée une lourde responsabilité à la charge du

franchiseur, qui doit prendre soin de fournir un document complet, exhaustif et détaillé aux candidats franchisés.

Il doit résumer de manière très réaliste l'historique de la franchise, et doit contenir toutes les clés historiques et techniques de l'accord proposé, ainsi que le détail des obligations juridiques qui seront mises à la charge de chacune des parties.

Bien que certains franchiseurs semblent peu se réjouir de l'adoption des dispositions relatives à l'information pré-contractuelle, telles que contenues dans le Code, ces impératifs de disclosure semblent cependant très raisonnables. En réalité, cette obligation d'information pré-contractuelle devrait protéger de manière indirecte les franchiseurs, en informant les franchisés de manière beaucoup plus approfondie de l'ensemble des obligations mises à leurs charges aux termes du contrat de franchise.

Ce Code devrait profondément modifier le contexte dans lequel auront lieu toutes transactions relatives à ces contrats, tout en évitant de trop grands risques d'augmentation des coûts de développement d'une franchise.

L'adoption de ce Code représente ainsi une avancée significative en matière de prévention des litiges et contentieux, en favorisant un consentement éclairé de chacune des parties à la franchise.



**EDITIONS GAST**

1, Avenue Bugeaud - 75116 PARIS - Tél. 47274850 - Fax 47049417  
RCS PARIS B330338757

Directeur : Philippe GAST

Rédacteur en Chef : Nathalie ENGLENDER

Rédacteurs Adjoints : François HONNORAT, Marc LANCIAUX, Anne-Céline JEAN

Dépôt Légal 3ème trimestre 1993 : ISSN : 1161-1421

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