



G A S T

Lettre Européenne des Réseaux Commerciaux

JUIN - JUILLET 95

LA TROISIÈME VOIE

Le franchisé est un agent économique de type nouveau, hybride et mutant. Il n'est ni un commerçant tout à fait indépendant ni un salarié. Il relève d'une structure souple, autonome, rentable et adaptée aux sociétés d'économie de marché et à l'ère des nouvelles technologies et autoroutes de l'information.

Cette troisième voie va, en se développant, constituer un nouveau droit. Le droit de la Franchise. Et un nouveau Code : le Code de la Franchise comme il y a le Code du Travail, le Code des Assurances, etc ...

Le mouvement législatif va déjà dans cette direction aux Etats-Unis et il est pionnier bien sûr, comme d'habitude !

Les structures pyramidales salariées ont vécu.

Les P.M.E ne peuvent plus supporter les charges sociales des salariés, elles ont besoin d'oxygène et de liberté pour embaucher. Il faut que le travailleur soit indépendant pour pouvoir être motivé et gagner sa vie en fonction de ses mérites; sans quoi, l'entreprise deviendra de moins en moins viable et le chômage continuera sa progression irrésistible et fatale.

Les luttes et autres rapports de force, entre associations de défense de franchisés et franchiseur par exemple, iront en s'intensifiant, en s'inspirant des luttes syndicales d'antan, mais en fonctionnant sous une autre «idéologie» (sorte de néo-pragmatisme) et avec d'autres méthodes de combats.

Le droit accompagnera cette tendance, j'en suis sûr. C'est la troisième voie.

Olivier GAST
Avocat à la Cour

EDITORIAL

le savoir faire : un objet juridiquement non identifié ?

Le savoir faire demeure aujourd'hui encore une notion méconnue.

Méconnue par la doctrine, les autorités et fédérations représentatives. Méconnue par les conseils, avocats ou consultants.

Méconnue par les tribunaux, ignorée par le législateur.

Méconnue par les franchiseurs, ou ceux qui, de bonne ou mauvaise foi, prétendent l'être.

Méconnue par les franchisés qui en font, au premier chef, les frais.

Curieusement, cette méconnaissance s'est aggravée avec le temps puisque nous nous acheminons vers une évolution totale du savoir faire, orienté de plus en plus vers un savoir faire d'organisation, de technologie, de gestion.

Cette méconnaissance est source de bien des maux.

Fausse franchises, franchises insuffisantes, franchises non évolutives, stagnantes, en régression, autant de situations à haut risque qui sont à l'origine de désillusions, de conflits, de faillites, et même, nous l'avons vu hélas récemment, d'une remise en question globale de la franchise qui pour autant nous est apparue très largement injustifiée.

Seule une parfaite appréhension de la notion de savoir faire, clef de voûte de la franchise, permet aux candidats franchiseurs de créer, développer et pérenniser leur réseau, et aux candidats franchisés de démasquer les mauvaises franchises.

Une définition opérationnelle du savoir faire applicable à tous les types de franchise s'impose et serait à l'évidence bénéfique sur tous les plans.

Au niveau préventif, l'inventeur pourra mesurer ses capacités à franchiser son concept, le franchisé averti pourra s'informer sur la portée du savoir faire proposé et sera à même de signer le contrat de franchise *en toute connaissance de*

cause, selon l'expression consacrée par la Loi DOUBIN.

Sur le plan contentieux, c'est également ... *en toute connaissance de cause* que les tribunaux pourront juger du sérieux de la franchise critiquée et du bien fondé ou non des réclamations présentées devant leur juridiction.

Trop souvent, les juges s'en tiennent à la seule notoriété de l'enseigne comme critère de distinction entre la bonne et la mauvaise franchise, ou se bornent à prendre acte de la communication d'une bible sans rechercher si les énonciations qu'elle comprend se distinguent des règles de l'art que tout professionnel est censé acquérir par ses propres moyens.

Nous regrettons souvent que les tribunaux n'accordent qu'une oreille distraite aux débats qui concernent le savoir-faire, débat qui leur apparaît bien souvent trop abstrait sur le plan juridique (*absence de cause du contrat, disparition de l'objet, perte de substance...*), ou trop technico-économique pour être envisagé dans un prétoire sans une expertise préalable que bien peu d'expert seraient à même de mener en l'état des choses et faute de moyens des parties.

Devons-nous nous contenter des définitions lacunaires plus qu'insuffisantes données par les autorités et les ouvrages faisant référence tels que : AFNOR, Règlement Communautaire d'Exemption ou Code de Déontologie de la franchise?

Définir le savoir faire comme un *ensemble de connaissances, de procédés et d'expériences utiles pour l'exercice d'une profession*, c'est considérablement réduire la réalité du savoir faire, en diminuer sa primordialité, dénier à la franchise sa spécificité par rapport aux autres systèmes de distribution tels que la concession ou la licence de marque.

Admettre une telle définition réductrice, c'est également tolérer que

quiconque ayant une idée commerciale, un concept original, secret et identifié puisse devenir franchiseur. C'est laisser instaurer une croyance dangereuse pour la vie économique.

Nul ne peut s'improviser franchiseur si, au-delà de son concept aussi génial et innovateur soit-il, il ne s'est pas doté d'une structure organisée entièrement dévolue à la promotion, au développement et à la gestion du réseau qui va se cristalliser autour de ce concept.

Le franchiseur n'est donc pas seulement l'inventeur d'un concept original, secret, identifié, qu'il a expérimenté avec succès et qu'il se propose de transmettre moyennant contrepartie. Ainsi entendu, le contrat de franchise ne serait qu'un contrat à exécution instantanée. Une fois la transmission des connaissances opérée, nul besoin de relation durable entre franchiseur et franchisés, nul besoin d'assistance...sauf qu'en pratique, le franchiseur cherche souvent à justifier la permanence de la relation avec ses affiliés, et donc la facturation de royalties, par des prestations de services dont, hélas, la seule spécificité réside dans le fait qu'il s'en réserve l'exclusivité de fourniture !

Il faut plus qu'une idée, un produit original pour créer, développer et gérer durablement un réseau de franchise, cela est d'autant plus vrai que l'idée, aussi innovante soit-elle, finit toujours par être reproduite, imitée, banalisée.

Nous le voyons bien, la définition usuelle du savoir faire qui ne se réfère qu'au concept est incomplète et dépassée.

Elle est incomplète, parce qu'elle n'explique et ne justifie pas la relation descendante franchiseur-franchisé. Le savoir faire lié au concept est un savoir faire de commerçant, rapidement accessible et qui est partagé dès lors qu'il se transmet.

Elle est dépassée, parce que les méthodes mises en oeuvre pour le

savoir vendre, le savoir animer son point de vente, le savoir agencer son local, ne gardent pas très longtemps leur secret et leur originalité, et que globalement en termes de qualité d'agencement de magasin, de force d'enseigne, de capacité à proposer une offre de produit attractive et originale, peu de chose distingue en apparence un bon franchiseur d'un mauvais.

Les bons franchiseurs qui se sont distingués ces dernières décennies, parmi lesquels nous pouvons citer MCDONALD'S, sont détenteurs d'un autre savoir faire dont la force et l'originalité résident dans la maîtrise du développement du réseau, la maîtrise des flux de marchandises et d'information, la capacité à centraliser en temps réel les expériences et les besoins du réseau, la capacité de piloter, contrôler, animer le réseau, bref, un savoir faire d'organisation du réseau.

Ce savoir faire doit être capitalisé et localisé dans des super structures, et mis au service de chacun des franchisés.

De plus, le franchiseur qui détient un savoir faire de réseau jouit d'une autorité naturelle sur l'ensemble de ses affiliés, au contraire de celui qui, dénué de ce savoir, assoit son pouvoir sur la seule coercition de clauses contractuelles imposées dont on sait qu'elles restent juridiquement contestables si elles ne trouvent pas leur justification légitime dans les faits. Ainsi, et par exemple, nous pouvons rappeler pour illustrer ce propos l'arrêt de la Cour de Cassation du 10 Janvier 1995 annulant la clause d'approvisionnement exclusif dans un contrat de franchise parce que le franchiseur n'a pas démontré en quoi cette clause était nécessaire pour la préservation de l'identité et de la réputation du réseau... (Voir nos commentaires sur cette décision dans la Lettre Européenne de Mars-Avril 95).

Le savoir faire de réseau permet au franchiseur de verrouiller son système parce que sans ses prestations, les franchisés restent au bord du chemin.

S'abstenir d'intervenir pour réparer

les carences conceptuelles actuelles, c'est avoir une part de responsabilité dans les échecs, abus et injustices qui peuvent exister dans le monde de la franchise : échecs des franchiseurs, faillites des réseaux, abus commis à l'encontre de commerçants franchisés ignorants ou dupés, injustices dans les jugements rendus.

Pour être opérationnel et faire de son détenteur un vrai franchiseur, le savoir faire doit exister à un double titre.

Il doit comprendre d'une part un **savoir faire de concept**. C'est l'idée commerciale, les connaissances, informations et techniques originales et secrètes formant le concept du franchiseur et qui constituent la part de savoir faire qui est transférée au franchisé.

Mais, comme il a été dit plus avant, en franchise, le savoir faire ne saurait se résumer à un concept, quand bien même serait-il secret et original.

Limité au concept le savoir faire ne justifie pas la durée des relations entre franchiseur et franchisés. Une fois la recette du succès divulguée, le franchisé pourrait fort bien voler de ses propres ailes, s'il ne s'était contractuellement lié pour une certaine durée avec impossibilité de rompre le contrat avant son terme. Ce n'est donc qu'en raison de l'effet coercitif des clauses contractuelles relatives à la durée, aux obligations d'exclusivité, et parce que le spectre de la résiliation abusive et du procès se profilent à l'horizon que le franchisé tolère bon gré mal gré la permanence de la relation, et les contreparties financières plus ou moins justifiées qui en découlent.

Une franchise dont le savoir faire se limite à un concept, une idée commerciale, est vouée à l'échec à court ou moyen terme, car, avec les années, le concept peut s'affadir, perdre de sa substance et ne permet pas à lui seul de pérenniser le réseau.

Le franchiseur doit fournir en plus d'une idée commerciale, les moyens de mettre en oeuvre son concept de

façon optimale. Doué d'une véritable structure au service de ses franchisés, le franchiseur doit mettre au service de ces derniers un **savoir faire** que nous qualifierons d'**organisation** : organiser un service d'animation et de promotion du réseau, un service de contrôle du réseau, un service de logistique, un service de marketing.

Ce savoir faire n'est pas en tant que tel transmissible, mais il est *mis à disposition* et lui seul justifie le versement par les franchisés de redevances permanentes.

Le savoir faire d'organisation, à la différence du concept, est davantage susceptible d'évolution, d'améliorations. Au fur à mesure qu'il s'exerce, il doit se compléter de nouveaux services, se doter de technologies nouvelles, se perfectionner, devenir un outil commercial, industriel, ou technique de plus en plus performant au service des franchisés.

Le savoir faire d'organisation est susceptible de procurer durablement aux franchisés les avantages concurrentiels et commerciaux qui justifient le rapport de franchise, tandis que le concept à lui seul ne procure un avantage que tant qu'il constitue une nouveauté, ce qui de nos jours ne dure qu'un laps de temps.

Jusqu'à maintenant, auteurs et praticiens ne se sont référés qu'au savoir faire lié au concept, le savoir faire d'organisation étant resté tout à fait ignoré, ce qui nous a fait écrire dans notre intitulé qu'il était juridiquement non identifié.

Le «**savoir franchiser**» est bien ce savoir faire qui doit allier un concept spécifique, secret et identifié, à une stratégie et une structure d'organisation et de pilotage grâce auxquelles le réseau de commerçants indépendants franchisés devient une machine cohérente et homogène, armée pour rivaliser durablement avec les super structures succursalistes qui dominent les marchés.

Nathalie CASTAGNON
Avocat à la cour

VES... BRÈVES... BRÈVES... BRÈVES... BRÈVES... BRÈVES... BRÈVES...

N'est pas franchisé qui veut !

Le chemin qui mène à la franchise est parfois long. Aux portes des bonnes franchises, les candidats se bousculent, mais peu sont retenus; cela justement parce qu'une des clefs de la réussite de ces franchises réside dans la sélection des franchisés. Un recrutement sévère permet d'assurer une certaine homogénéité et un contrôle a priori des membres du réseau.

Cette phase de sélection parfois longue est cependant indispensable. Elle est dans l'intérêt des deux parties. Elle permet à chacun de jauger l'autre pendant une phase pré contractuelle et de se préserver ainsi le choix de conclure ou ne pas conclure un partenariat de longue durée une fois cette période d'observation achevée.

Le domaine de la restauration rapide en est une bonne illustration. Pour ce type de franchise, les candidats ne manquent pas. Les franchiseurs imposent le plus souvent un recrutement particulièrement sévère comprenant une sélection sur dossier à laquelle s'ajoute une période probatoire sur le terrain.

Le Tribunal de Commerce de Bobigny dans un jugement du 6 juillet 1995 a très clairement admis l'existence et l'intérêt d'une telle phase pré contractuelle.

Dans cette affaire, trois salariés, tentés par l'exercice d'une profession de commerçant indépendant, s'étaient portés candidats à l'ouverture d'établissements franchisés de type fast food. Ils avaient choisi comme franchiseur la société FRANCE QUICK reconnue pour son savoir faire dans le domaine de la restauration rapide.

Le système de recrutement du réseau QUICK se déroule en deux phases. Une première présélection s'opère après un stage de deux jours et la réponse à un questionnaire.

Dans un deuxième temps, les candidats retenus à l'issue de la première étape reçoivent une lettre les informant que le profil global de leur personnalité correspond aux caractéristiques attendues mais qu'une formation s'avère indispensable à l'éventuelle collaboration. Cette formation s'effectue dans l'un des établissements QUICK pendant une période de 6 mois. Elle n'est pas rémunérée.

En l'espèce, les trois candidats avaient passé le premier barrage. Ils avaient accepté le principe d'une période probatoire non rémunérée dans des magasins fonctionnant déjà sous l'enseigne QUICK et avaient débuté cette formation. Au cours du stage, la société QUICK leur avait proposé des emplacements susceptibles de devenir leurs futurs restaurants franchisés.

Estimant que ces emplacements ne correspondaient pas à ce qui leur avait été annoncé, les trois candidats les ont refusés et ont assigné la société FRANCE QUICK devant le

tribunal de commerce de Bobigny en réparation de leur préjudice.

Ils soutenaient à l'appui de leur demande que les liens qui les liaient à la société QUICK n'étaient pas de nature pré contractuelle, et qu'au contraire les parties étaient déjà véritablement liées par un contrat de franchise.

Selon eux, les lettres d'acceptation de candidature reçues par eux étaient au contrat de franchise ce que la lettre d'embauche est au contrat de travail... Dès lors, la société QUICK n'avait pas communiqué en temps utile les informations pré contractuelles prescrites par la loi Doubin et n'avait pas respecté les promesses de localisation des franchises concédées. Le consentement des franchisés aurait ainsi été vicié.

Le Tribunal de Commerce de Bobigny rejetant totalement cette argumentation, affirme clairement que *«les lettres d'accord pour voir intégrer le réseau sont dénuées de portée contractuelle et n'ont que la valeur de première étape dans le cours d'une candidature»*. En conséquence, aucun contrat de franchise n'a pu naître de ce fait.

Il ne faut pas confondre candidats franchisés et véritables franchisés. La relation des parties pendant la phase de recrutement doit s'analyser comme une perspective et non pas comme une promesse de contrats de franchise. A ce stade, aucune des deux parties n'a encore pris l'engagement de conclure un contrat de franchise.

Un contrat de franchise ne peut être valablement conclu que s'il y a accord sur le prix et sur la chose, et la simple lettre d'acceptation de candidature adressée par FRANCE QUICK aux candidats ne remplissait pas les conditions d'une offre ferme et précise qu'une acceptation aurait rendue définitive. De telles missives sont dépourvues de toute portée contractuelle.

En conséquence et pendant la phase de test pré contractuelle, aucune des deux parties ne peut rechercher la responsabilité de son partenaire en cas de non réalisation du contrat de franchise.

En second lieu, les demandeurs soutenaient que les stages de formation qu'ils avaient effectués devaient s'analyser comme des contrats de travail, et qu'à ce titre, ils avaient donc droit à une rémunération.

Le Tribunal de Commerce de Bobigny repoussant également cette argumentation énonce clairement que *«les conventions de formation ne peuvent en aucun cas être assimilées à des contrats de travail. Ce sont des contrats autonomes qui ont pour objet la transmission d'un savoir-faire»*.

Toute assimilation à un contrat de travail doit être rejetée et partant toute légitimité d'une rémunération en contrepartie du temps passé par les candidats dans les locaux de la marque.

Ce jugement rendu par le Tribunal de Commerce de Bobigny est important parce

qu'il reconnaît clairement l'importance de la sélection des franchisés préalable à la conclusion du contrat de franchise. Il se prononce fermement contre les arguments qui voudraient lier, dès cette phase, les parties de manière rigide, soit par un contrat de franchise, soit même par un contrat de travail. A ce stade, la plus grande souplesse est nécessaire. Sauf abus, les deux parties doivent rester libres de ne pas conclure de contrat de franchise à l'issue de la période de formation.

(Tribunal de Commerce de Bobigny, 6 juillet 1995; Venet, Mignot, Nguyen c/ Société FRANCE QUICK)

Il ne faut pas changer de crémerie ... trop vite !

Tirer les fruits du libre jeu de la concurrence est un droit fondamental de tout un chacun. Cette règle se vérifie dans le cadre de relations commerciales non réglementées par un contrat-cadre, où le client est libre de décider de ne plus passer de nouvelles commandes à son fournisseur habituel.

Toutefois, il arrive, comme en témoigne l'arrêt récent rendu par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation le 28 février 1995, que certaines personnes, usant de leur droit de changer de fournisseur, commettent un abus.

Dans ce cas d'espèce, la Société acheteur avait cessé brusquement d'effectuer ses achats auprès de la Société fournisseur, alors que depuis deux mois elle savait qu'elle allait les interrompre et ce d'autant qu'elle avait d'ores et déjà fait affaire avec un nouveau fournisseur. La mauvaise foi est dans cette affaire caractérisée dès lors qu'au lieu d'en avertir le fournisseur, elle lui avait laissé croire qu'elle allait les poursuivre normalement.

C'est précisément cela que les Juges Suprêmes reprochent à la Société acheteur : ne pas avoir loyalement averti le fabricant qu'elle allait stopper ses relations commerciales avec lui, alors qu'elle n'ignorait pas que celui-ci allait spécialement constituer un stock afin de pouvoir satisfaire aux futures commandes qu'on lui avait laissé espérer.

Deux considérations ont semble-t-il prévalu dans cette affaire : d'une part, le principe de la responsabilité civile quasi-délictuelle, selon lequel tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer et, d'autre part, une raison d'éthique : le Juge n'a fait, au fond, qu'appliquer une règle de bon sens, car cet arrêt témoigne de la volonté de protéger les règles de sécurité du commerce, caractérisées en l'espèce par une obligation sui generis d'information et de confiance entre les commerçants.

(Cour de Cassation, 28 février 1995, S.A. Laiteries Emile Bridel c/ S.A. Debic Saint-Hubertus)

Liberté de supprimer les ristournes et droit à réparation

Quels sont les droits du distributeur dans le cas où son fournisseur cesse brutalement de lui accorder une remise? C'est à cette question que la Cour d'Appel de Pau, statuant sur l'affaire SARL Carlo Gavazzi Electromatic c/ SARL Betch Automatismes le 27 octobre 1994, s'est efforcée de répondre.

Dans cette affaire, un fournisseur accordait habituellement à un distributeur une remise de 30% sur le prix des marchandises. En proie à des difficultés, il devait brusquement interrompre la remise accordée.

En cas de cessation de la remise pratiquée par le fournisseur, l'acquéreur est libre de refuser les marchandises commandées correspondant à la nouvelle facturation.

Cependant, dans ce cas d'espèce, les choses s'étaient compliquées car au moment où le vendeur a présenté sa facture sans la ristourne de 30% à laquelle il avait habitué son client, ce dernier avait déjà revendu ou incorporé les marchandises cédées à ses propres fabrications. Le Juge a décidé qu'il restait tenu à leur paiement pour le nouveau montant, s'entend sans la ristourne habituellement pratiquée.

Toutefois, le Juge a pu estimer que la brutalité de la cessation des remises engageait la responsabilité du fournisseur. Une telle décision est aisément compréhensible lorsque l'on considère que le distributeur, victime d'un manque à gagner de 30%, se trouve momentanément dans l'impossibilité de faire face à ses engagements. Mais le préjudice de ce dernier est limité au surcoût que lui demande le fournisseur et qu'il ne pouvait pas avoir pris en compte.

Faisant une exacte qualification des rapports contractuels entre les parties et condamnant le distributeur à payer le prix demandé, le Juge du fond n'en a pas moins tenu compte de la situation engendrée par la cessation brutale de la remise.

(Cour d'Appel de Pau, 3^e Chambre, 27 octobre 1994; SARL Carlo Gavazzi Electromatic c/ SARL Betch Automatismes).

Être commerçant, c'est être responsable !

Deux arrêts récents rendus l'un par la cour de cassation, l'autre par la cour d'appel de Paris sont l'occasion de rappeler qu'être commerçant, même détaillant, c'est être un professionnel de la distribution, et donc en conséquence être responsable de la conformité des produits vendus aux normes françaises et européennes.

Dans la première affaire, la société «Au bon marché» a été condamnée au paiement de dommages et intérêts pour avoir commercialisé des chemises pour hommes portant la marque contrefaite «Air France».

Dans la seconde, un négociant en fruits et

légumes a été condamné pénalement sous l'incrimination du délit de tromperie pour avoir commercialisé des fruits portant une indication de qualité ne correspondant pas aux normes européennes.

Dans les deux cas, les commerçants condamnés étaient les derniers acteurs de la chaîne de distribution. N'intervenant pas au stade de la fabrication, de la production ou de l'apposition de la marque, ils pensaient pouvoir se décharger de toute responsabilité sur les fabricants ou tout au moins sur les importateurs.

La Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris ne l'ont pas admis. Selon ces deux juridictions, le commerçant doit contrôler que les produits qu'il vend sont en conformité avec les réglementations françaises et communautaires.

Ces décisions sévères ne sont pas nouvelles, mais elles ont l'intérêt de rappeler qu'être commerçant n'est pas sans responsabilité. A chaque stade de la distribution, il existe une obligation de veiller au contrôle des marchandises mises en vente, et les négligences du ou des fournisseurs cocontractants qui se trouveraient en amont ne sont pas de nature à exonérer le distributeur de sa responsabilité. En sa seule qualité de vendeur professionnel, le commerçant est responsable. Il ne doit pas s'en tenir aux indications qui lui ont été données par son vendeur, il doit les vérifier.

(Cassation commerciale, 16 mai 1995 n° 93-10.667 et CA Paris, 20 Février. 1995)

Bonne foi et distribution sélective

Bonne foi et distribution sélective : deux concepts juridiques qui vont de paire. La société LV ne l'a pas compris. Elle en a payé le prix.

Dans cette affaire, la société de parfums de luxe Chanel avait admis plusieurs sociétés d'un même groupe au sein de son réseau de distributeurs agréés. Aux termes des contrats conclus, les distributeurs s'engageaient à ne pas recourir à la vente par correspondance ou en règle générale à toute vente en dehors du lieu désigné.

Or, l'un des distributeurs, en contravention évidente avec les dispositions de son contrat, a mis en place un système occulte de vente sur catalogue auprès des comités d'entreprise.

Le système avait été conçu de manière méthodique afin ne pas être découvert. Le distributeur en question avait pris soin de cacher la véritable identité de la société en adoptant une dénomination générale. Les catalogues envoyés aux comités d'entreprise étaient anonymes. Pour cette opération, le distributeur avait de plus ouvert un compte en banque différent de celui qui était utilisé dans les relations avec la société de parfums.

Ces pratiques ont été jugées particulièrement graves par les magistrats de la Cour d'appel de Versailles qui ont étendu la résiliation du

contrat conclu avec ce distributeur à l'ensemble des contrats de distribution passés avec les autres sociétés du groupe.

Cette décision très sévère est à notre connaissance inédite. Les magistrats ont estimé qu'un contrat de distribution sélective repose sur la bonne foi des cocontractants. Si l'un d'entre eux ne respecte pas ce postulat, le contrat n'est plus viable.

Lorsqu'un fabricant décide de distribuer ses produits par un réseau de distributeurs agréés, c'est qu'il attache de l'importance au respect d'un certain nombre de règles pour la commercialisation de ses produits.

Il prend en conséquence extrêmement soin dans le choix de ses distributeurs et n'accorde son agrément qu'en considération de la personnalité du mandataire social ou du dirigeant de l'entreprise.

Face à un groupe de sociétés, le choix se fait en fonction du distributeur lui-même mais aussi des dirigeants du groupe. Ces sociétés, qui bénéficient d'une indépendance juridique, forment cependant une entité économique unique. La bonne foi dans l'exécution du contrat de distribution s'apprécie alors globalement. Le non respect par l'une des sociétés de ses engagements contractuels révèle l'esprit qui anime l'ensemble du groupe. Si l'une n'exécute pas le contrat de bonne foi, il est probable que les autres ont ou risquent d'avoir la même attitude.

La Cour d'appel de Versailles a estimé en l'espèce, qu'étant donné l'importance des pratiques reprochées, il était exclu que les sociétés qui faisaient partie du groupe continuent à exécuter de bonne foi un contrat que l'une d'entre elles avait gravement violé. Tous les contrats de distribution ont été résiliés.

(Cour d'Appel de Versailles, 23 février 1995; STÉ Chanel c/ Sté LV et a)

Convention de Vienne : la Cour de cassation prend sa place dans l'élaboration d'une jurisprudence commune.

Le 4 janvier 1995, la Cour de cassation a apporté sa première pierre à l'édification d'une jurisprudence commune pour l'application de la convention de Vienne. Il est à regretter cependant que la haute cour n'ait pas saisi l'occasion pour prendre un rôle plus actif dans cette construction.

La convention de Vienne, entrée en vigueur en France le 1er janvier 1988, a pour objet de doter la vente internationale de marchandises de règles uniformes appelées à se substituer aux divers droits nationaux de la vente. A ce jour, près de quarante états ont ratifié cet instrument. La convention de Vienne est désormais incontournable.

Toutefois malgré ce rôle grandissant, les juridictions françaises tardent à prendre leur place dans l'élaboration d'une jurisprudence

commune. Seules cinq décisions ont été rendues à ce jour par l'ensemble des juridictions françaises. La cour de cassation a rendu, le 4 janvier dernier, un premier arrêt portant sur l'application de la convention de Vienne. Cette décision n'est cependant pas à l'abri de la critique.

L'affaire qui lui été soumise opposait une société française, la Sté Fauba, à une société allemande. L'entreprise Fauba avait passé commande de plusieurs lots de composants électroniques à cette dernière. Elle avait reçu les marchandises mais contestant qu'un contrat valable ait été conclu, elle refusa de payer le montant de la commande. Elle s'est vue alors assignée en paiement du prix.

Par arrêt en date du 22 avril 1992, la Cour d'appel de Paris a fait droit à cette demande. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi interjeté à l'encontre de cette décision. Le principal problème soulevé dans cette affaire portait sur l'interprétation de la clause déterminant le prix et donc l'occasion pour la Cour de cassation de donner son interprétation des articles de la convention de Vienne le concernant.

La société Fauba invoquait en premier lieu à l'appui de son pourvoi qu'aucun contrat n'avait pu voir le jour faute pour la société allemande d'avoir accepté l'offre qui lui avait été faite concernant le prix.

En effet, la société Fauba avait passé commande au prix préalablement indiqué par le fournisseur mais en précisant qu'il «serait à revoir en fonction de la baisse du marché». Le fournisseur allemand avait confirmé la commande mais il avait répondu en ces termes : «les prix sont révisables à la hausse ou à la baisse». La société Fauba a estimé dans son pourvoi qu'en ajoutant que le prix était modifiable à la hausse la société allemande n'avait pas accepté. Elle avait fait une contre-offre.

La cour de cassation reprenant l'argumentation des juges du fond n'a pas admis cette thèse. Mais il est regrettable qu'à l'appui de sa décision, elle ne se soit pas prononcée sur l'interprétation qu'il faut donner à l'article 19 de la convention de Vienne. Ce dernier prévoit dans son alinéa 2 que «des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre constituent une acceptation « mais que, selon l'alinéa 3, «des éléments complémentaires relatifs notamment au prix sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre». Les juges du fond repris par la cour de cassation ont estimé qu'il y avait bien eu acceptation, la société allemande n'ayant pas substantiellement modifié les termes de la commande.

En définitive, les magistrats ont appliqué l'alinéa 2 de l'article 19 et passé outre l'alinéa 3 sans le justifier. Ils ont admis implicitement son caractère réfragable. Si cette solution ne paraît pas incorrecte, il aurait été souhaitable que la cour de cassation le dise expressément et censure les juges du fond pour ne pas avoir motivé leur décision.

Le deuxième moyen soulevé par la société Fauba invoquait qu'à supposer que le contrat

ait été formé, il était nul faute de prix déterminable au sens de l'article 1591 du code civil. La société française invoquait donc l'application du droit français et non du droit uniforme de la convention de Vienne.

Une question importante était soulevée là. En effet, la convention de Vienne pose un problème d'interprétation sur ce point. D'un côté, comme nous venons de le voir, l'article 14 précise les conditions relatives au prix pour qu'une proposition puisse être qualifiée d'offre. Il semble donc que la convention de Vienne entend réglementer les contrats quant à la détermination du prix. Mais en sens contraire, l'article 4 énonce «sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas la validité du contrat, ni d'aucune de ses clauses».

La cour de cassation se retranchant derrière l'argumentation des juges du fond a rejeté le moyen portant sur l'indétermination du prix. Les magistrats de la cour d'appel de Paris ne s'étaient pas prononcés sur le fondement juridique à retenir dans une telle hypothèse. Ils avaient simplement estimé que dans les faits le prix n'était pas indéterminable. Selon eux, la clause devait s'interpréter comme obligeant les cocontractants à se mettre ultérieurement d'accord sur le prix. La détermination n'était donc pas laissée à l'appréciation d'une seule des parties.

Une fois encore, si la solution retenue semble être la bonne, il est regrettable que la cour de cassation n'ait pas censuré les juges du fond pour ne pas avoir donné de base légale à leur décision. A la lecture des arrêts rendus, il est impossible de savoir si le problème de la détermination du prix dans un contrat de vente internationale de marchandises doit être réglé sur le fondement du droit uniforme de la convention de Vienne ou celui des droits nationaux.

Dans cette première décision rendue quant à l'application de la convention de Vienne, la Cour de cassation a été plutôt timide. Elle n'a pas saisi l'occasion qui lui été offerte de donner de manière claire l'interprétation à retenir des articles de la convention portant sur la détermination du prix. La cour de cassation a fait un pas vers l'élaboration d'une jurisprudence commune à tous les pays adhérents. Mais, c'est un petit pas !

(Cassation 1ère civile, 4 janvier 1995 Sté Fauba France FDIS GC Electronique c/ Sté Fujitsu Mikroelektronik GmbH)

Précision sur la portée de la clause d'exclusivité en matière de licence de marque

Le bénéficiaire d'une licence exclusive de marque n'a plus à craindre la concurrence directe de son donneur de licence sur le territoire qui lui a été concédé. La cour de cassation a rendu un arrêt en sa faveur qui vient enfin préciser la portée de la clause d'exclusivité d'un contrat de licence de marque.

En matière de licence d'exploitation, la liber-

té contractuelle prévaut. La loi n'impose aucune forme spécifique pour la rédaction d'une telle convention. De manière générale, il est possible de définir la licence de marque comme un contrat de louage par lequel le titulaire d'une marque accorde à un tiers le droit de l'exploiter moyennant une rémunération.

Mais une fois ce cadre général défini, les cocontractants sont libres, sous réserve du respect des règles du droit communautaire, d'adapter les termes de la convention à leur situation personnelle. Ainsi, le titulaire de la marque a la possibilité d'accorder au licencié une exclusivité d'exploitation pour un territoire déterminé.

L'intérêt d'une telle clause est d'empêcher le donneur de licence de désigner d'autres licenciés sur ce même territoire. Une question demeure cependant. En accordant une exclusivité, le titulaire de la marque s'interdit-il aussi de l'exploiter ?

La cour de cassation vient de répondre par l'affirmative à cette interrogation. Dans l'affaire qui lui été proposée, la société Frigedoc avait accordé à la société Sofragel une licence exclusive de marque pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans. Cette dernière se plaignait que le titulaire de la marque utilisait le signe distinctif objet du contrat sous forme de dépliants publicitaires dans le secteur géographique concédé.

La cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 15 mai 1992 a décidé que le donneur de licence, la société Frigedoc, avait ainsi manqué à ses obligations contractuelles. La cour de cassation a rejeté le pourvoi interjeté contre cette décision : «La licence exclusive d'une marque oblige le titulaire de la marque à garantir au licencié une jouissance paisible, il en résulte que, sauf clause contraire figurant dans le contrat de concession exclusive de licence d'exploitation, le propriétaire de la marque s'interdit de l'utiliser pendant la durée d'exécution du contrat.»

La rédaction du contrat de licence de marque et plus spécialement de la clause d'exclusivité revêt donc une importance considérable. Si le propriétaire de la marque ne se réserve pas expressément la possibilité d'exploiter le signe distinctif sur le territoire qu'il concède, toute utilisation même à titre publicitaire lui sera interdite pour toute la durée du contrat et quelle que soit cette durée : 99 ans en l'espèce.

Cet arrêt, le premier rendu par la cour de cassation sur ce point, précise enfin la portée de la clause d'exclusivité. Cette question d'une importance pratique certaine n'a cependant donné lieu jusque là qu'à très peu de jurisprudence. Cette décision de la cour de cassation ne met toutefois pas fin à toutes les incertitudes. En effet, s'il est désormais certain que le propriétaire de la marque ne peut entamer une exploitation du signe sur le territoire qu'il vient de concéder à titre exclusif, ne peut-il pour autant poursuivre une exploitation qui avait débuté avant la conclusion du contrat de licence ?

(Cassation commerciale, 10 janvier 1995, SA Frigedoc et autre c/ SA Sofragel Normandie et autres)

Initiateurs de réseau de distribution sélective : soyez précis et objectifs !

Le système de distribution sélective est dans le collimateur de la jurisprudence.

Un récent arrêt de la Cour d'Appel de PARIS a ainsi jugé qu'un certain nombre des critères de sélection, dont le respect conditionnait l'agrément du créateur du réseau, étaient insuffisamment précis et trop vagues pour justifier un tel mode de distribution.

De ce fait, le réseau est jugé illicite car constituant une entrave à la concurrence.

Il convient de rappeler que le principe est énoncé à l'article 7 de l'ordonnance du 1er Décembre 1986 qui interdit tout accord entre entreprises, et donc tout réseau de distribution, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur d'un marché. Toutefois, et en vertu de l'article 10, si l'accord produit des effets économiques favorables, l'interdiction issue de l'article 7 est levée.

Ainsi, il existe des effets économiques favorables dès lors que l'accès au réseau est subordonné au respect de critères objectivement et précisément définis.

La question est de savoir ce qu'il faut considérer comme un critère objectif et précis.

Dans l'arrêt de la Cour d'Appel qui nous occupe, n'ont pas été jugés satisfaisants les critères qui reposaient sur des exigences de notoriété et d'image de marque du magasin, de produits haut de gammes, de qualification professionnelle, de conseil et de service à la vente.

La Cour motive sa décision considérant que ces critères par leur généralité et l'imprécision de leur formulation, ne présentaient pas un caractère objectif propre à assurer une application uniforme et non discriminatoire des conditions imposées aux distributeurs.

Il est vrai que les notions de notoriété et d'image de marque sont relativement floues tant sur le plan économique que juridique. A partir de là ces notions s'inscrivent mal dans l'esprit de l'article 10 de l'ordonnance de 1986. Pourtant, la notoriété et l'image de marque constituent la pierre angulaire du commerce indépendant organisé et il est difficile de passer outre. Il est par conséquent souhaitable de faire un effort de précision en insérant dans la définition du critère un élément objectif s'accompagnant par exemple des chiffres d'affaires réalisés.

Il convient par ailleurs de souligner qu'en l'espèce d'autres critères avaient été posés par l'initiateur du réseau, qui eux n'ont pas fait l'objet de critique.

Une telle exigence est explicable. Comment justifier qu'un réseau n'entrave pas la concurrence, si ce n'est par un agrément délivré à partir de critères objectifs qui permettent ainsi une application uniforme et non

discriminatoire des conditions imposées aux distributeurs pour leur accès au réseau. La distribution sélective reste une exception légale, dont l'application est soumise à des conditions restrictives.

L'entrave à la concurrence est une obsession jurisprudentielle et légale, qu'il convient de ne pas alimenter.

Alors initiateurs de réseau, veillez à être objectifs et précis; à défaut votre réseau risque d'être jugé illicite.

(Cour d'Appel de PARIS, 1ère chambre, 16 Janvier 1995. SA MAGASINS FAUCHON c/ Ministre de l'Economie)

L'approbation préalable des lettres d'intention au Conseil d'Administration

Imaginée à l'origine par les «sociétés mères» afin d'aider leurs filiales à obtenir des financements bancaires, la lettre d'intention (parfois appelée lettre de confort, de patronage, ou encore de parrainage, de support, d'apaisement, de soutien, de bonne fin), a vite débordé le cadre des groupes de sociétés.

Comme celui de la garantie à première demande, son usage a souvent été inavoué d'échapper à l'incertitude de la jurisprudence relative au cautionnement.

Cette lettre d'intention se présente souvent sous la forme de «courrier» adressé par le garant à une banque : «c'est une politique de longue date de notre part de soutenir la société X et de faire en sorte qu'aucun organisme de prêt n'encourt aucune perte du fait de ses opérations avec elle. Cette politique sera suivie pour le concours précité.

En accord avec cette politique, nous vous confirmons par la présente que nous ferons tout le nécessaire pour que la société X dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face aux obligations envers vous au titre de ce crédit de campagne à l'échéance convenue soit le».

En raison du régime incertain de la lettre d'intention, les juridictions du fond cherchent souvent la mesure de l'engagement de l'auteur de la lettre dans l'analyse des termes exprimant sa volonté.

N'est que de moyen l'obligation par laquelle l'auteur s'engage à veiller à ce que les engagements financiers soient tenus, ou celle de faire tous efforts pour que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante ou puisse remplir ses obligations.

En revanche, est de résultat l'obligation de faire le nécessaire pour que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses obligations, ou pour que le crédit soit remboursé ou que le créancier ne subisse aucun préjudice, ou maintienne ses engagements.

Somme toute, l'obligation de l'auteur de la lettre pourrait être de résultat atténuée ou de moyen renforcée avec ou sans renversement de la charge de la preuve.

On observera seulement que si la responsabilité contractuelle de l'auteur ne peut être engagée qu'envers le cocontractant, le manquement à une obligation contractuelle peut, en application du droit commun, être source de responsabilité extra-contractuelle à l'égard des tiers.

Reste à savoir si le président du conseil d'administration d'une société anonyme peut engager sa société par une lettre d'intention comportant l'intention ferme et définitive de faire le nécessaire pour que sa filiale puisse «honorer ses engagements», sans avoir l'aval préalable de son conseil.

C'est par la négative qu'a répondu la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 8 Novembre 1984.

En effet, la Cour a considéré que viole les articles 98, alinéa 4 de la loi du 24 Juillet 1966 et 89 du décret du 23 Mars 1967, la Cour d'appel qui, pour condamner une société à payer la dette d'une de ses filiales envers une banque en raison d'une lettre adressée à celle-ci par le président du conseil d'administration, retient que cette lettre ne donnait qu'un «simple confort» à la banque, non soumis à l'autorisation du conseil d'administration, alors que, comportant l'intention du signataire de faire le nécessaire pour que sa filiale puisse «honorer» ses engagements envers la banque, la lettre en cause constituait une garantie, laquelle n'ayant pas été autorisée par le conseil d'administration n'était pas opposable à la société.

Par cette décision, la Cour de cassation tend à supprimer toute ambiguïté sur la nature et le régime juridique des lettres d'intention. Elle assimile les lettres d'intention aux cautions, avals ou garanties visées par l'article 98, alinéa 4 de la loi du 24 Juillet 1966, et exige de les soumettre en conséquence, à l'autorisation expresse du conseil d'administration.

Dès lors, on peut s'interroger sur la nature de la sanction encourue en cas de non respect des prescriptions de la loi du 24 Juillet 1966, à savoir la nullité de l'acte litigieux ou son inopposabilité à la société. En l'espèce, la Chambre commerciale de la Cour de cassation prononce expressément l'inopposabilité à la société de la lettre d'intention qui n'a pas été autorisée par le conseil d'administration.

En conséquence, le créancier de la garantie non autorisée devrait bénéficier d'un recours personnel contre le président non respectueux de la loi relative aux sociétés commerciales.

On peut cependant regretter que cette solution soit au détriment de la société créancière.

(Cassation commerciale, 8 Novembre 1994)

Garantie à première demande et cautionnement

La Cour de cassation se montrant de plus en plus favorable aux cautions, les praticiens du droit ont été amenés à chercher la parade et à innover en adaptant et en introduisant dans notre droit interne la garantie à première demande, déjà utilisée dans certains contrats internationaux notamment avec les pays du Moyen-Orient.

Ce faisant, ils ont détourné ce contrat innomé de sa finalité originelle.

En effet, la garantie à première demande, en droit français, se substitue, en quelque sorte, à un dépôt de garantie que le débiteur principal aurait dû verser pour garantir l'exécution de son obligation.

En cela, elle se distingue du cautionnement, également destiné à garantir l'exécution totale ou partielle du contrat principal, mais qui, contrat accessoire, permet d'invoquer toutes les exceptions inhérentes au contrat principal.

Pour tenter d'éviter ce caractère accessoire du cautionnement et les conséquences qui en découlent, les banques ont donc cherché dans les contrats internes, à innover en substituant au cautionnement la garantie à première demande en raison de son autonomie vis-à-vis du contrat principal.

C'est ainsi que la garantie à première demande a été consacrée dans notre droit interne par un arrêt de la Cour de cassation du 13 Décembre 1983.

Cependant, un arrêt récent de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 13 Décembre 1994 semble revenir sur la «banalisation» de la garantie à première demande dès lors que l'engagement a été souscrit par une personne physique non commerçante.

Afin d'apprécier la portée de l'arrêt de la Cour suprême, nous rappellerons tout d'abord brièvement la nature et le régime juridique de la garantie à première demande.

I - La nature et le régime juridique de la garantie à première demande

Le caractère déterminant de la garantie à première demande est son autonomie par rapport au contrat principal. Et la jurisprudence d'insister sur ce caractère autonome, lui préférant ce terme à celui d'indépendance.

En effet, si l'autonomie exige un détachement total du contrat principal, tel n'est pas le cas de l'indépendance. Ainsi, le cautionnement est, lui aussi, indépendant de ce contrat puisqu'il est passé entre un tiers garant et le créancier et non entre ce dernier et le débiteur, ce qui ne l'empêche pas de posséder un caractère accessoire vis-à-vis du contrat principal dont il subira les vicissitudes.

La garantie à première demande est détachée du contrat principal, contrairement au cautionnement qui en est l'accessoire. Ainsi il ne peut lui être opposé les exceptions relatives au contrat principal.

a) la nature juridique

La jurisprudence unanime considère que la lettre de garantie est régie par l'article 1134 du Code civil, c'est-à-dire par le principe de la liberté contractuelle.

La lettre de garantie étant signée entre le garant et le bénéficiaire, le donneur d'ordre ne peut donc, en principe, interférer sur son exécution que ce soit en raison d'une action en nullité intentée à l'encontre du contrat principal, de poursuites pénales à l'encontre du bénéficiaire ou d'une demande de sursis à statuer.

Il s'agit bien d'un contrat personnel entre le garant et le bénéficiaire et le donneur d'ordre est un tiers totalement étranger à ce contrat.

En résumé, le caractère autonome de la garantie à première demande découle de ce que le garant ne s'engage nullement envers le bénéficiaire à payer la dette d'autrui. Il prend en charge un résultat et promet d'indemniser le bénéficiaire du fait que, selon ses dires, ce résultat n'a pas été atteint.

b) son régime juridique

La garantie à première demande constituant un acte unilatéral de la part du garant, les dispositions de l'article 1326 du Code civil qui imposent la mention manuscrite de la somme garantie en toutes lettres et en chiffres doivent être respectées. Il convient cependant de noter que cette mention n'est exigée que lorsque la garantie présente un caractère civil.

De plus, s'agissant d'un contrat bilatéral, consensuel et autonome, la lettre de garantie doit remplir les conditions générales de formation des contrats : le consentement, la capacité, l'objet et la cause.

Enfin, la garantie doit être déterminée quant à son montant et à sa durée.

La garantie n'est cependant pas à l'abri de toutes contestations tant en raison de sa nature et de son régime juridique que des «garde-fous» à l'égard du garant que la jurisprudence en général et la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en particulier, sont en train de mettre en place. Et il semble bien que l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 13 Octobre 1994 en soit une brillante illustration.

II - La requalification en cautionnement d'un acte intitulé «engagement autonome de garantie exécutable à première demande»

Après avoir consacré la spécificité de la garantie autonome dans les relations internes, la Chambre commerciale de la Cour de cassation semble aujourd'hui retenir la qualification de cautionnement dès lors qu'il résulte de la teneur de l'acte, qu'en dépit des références formelles à l'indépendance de l'engagement du garant, ce dernier s'est en réalité obligé à se substituer au débiteur défaillant en acquittant tout ou partie de la dette du dit débiteur.

a) La position de la Chambre commerciale

C'est en ce sens qu'il convient d'interpréter l'arrêt de la Cour suprême selon lequel «viole l'article 1134 du Code civil la Cour d'appel qui retient qu'intitulé *engagement autonome de garantie exécutable à première demande*, l'acte litigieux constitue non pas un acte de cautionnement mais une garantie autonome laquelle est admise tant dans les relations internationales que dans les relations de droit interne entre personnes privées, alors qu'il est stipulé que le signataire de l'acte garantissait à la banque *le remboursement de sa créance envers le débiteur* et qu'il s'engageait à régler *toutes sommes dues par le débiteur comme décrit ci-dessus*, ce dont il résultait qu'en dépit de l'intitulé de l'acte et de la mention, même manuscrite, de paiement à première demande, l'engagement litigieux, ayant pour objet la propre dette du débiteur principal, n'était pas autonome».

Cet arrêt est d'autant plus important que c'est la première fois que la Cour de cassation se prononce sur la légalité d'un arrêt ayant appliqué la qualification de garantie autonome à un engagement souscrit, à la demande d'une banque, par une personne physique non commerçante.

Mais attention ! L'arrêt du 13 Décembre dernier ne remet nullement en question la qualification de la garantie à première demande dans les relations internationales.

b) Une qualification commandée par l'objet de l'obligation

L'espèce considérée ne concerne que la requalification de l'acte litigieux dans les relations internes et a fortiori, lorsque le signataire de la garantie est un particulier.

Il convient néanmoins d'approuver cette décision qui permet d'éviter tous abus de la part des bénéficiaires.

En effet, il était de bon ton ces dernières années de mélanger dans l'instrumentum les références formelles au cautionnement et à la garantie à première demande. Ou pire, de constater qu'appelées à statuer au vu d'écrits rédigés en termes identiques par une société de crédit-bail, deux formations de la Cour d'appel de PARIS ont opté l'une pour la qualification de cautionnement et l'autre pour celle de garantie autonome.

Il sera désormais plus difficile dans les relations internes de pouvoir éluder les dispositions prévues en matière de cautionnement.

Et dans le doute, la convention devra, conformément à l'article 1162 du Code civil, s'interpréter contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

De lege ferenda, il conviendrait que la Chambre civile de la Cour de cassation adopte la même position que celle prise par la Chambre commerciale.

(Cassation commerciale, 13 Décembre 1994, Mme Magnetti c/ CRCAM du Midi et autres.)

Not to be commerçant (Troisième épisode)

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 Mai 1995 constitue le troisième volet et tranche définitivement le débat qui s'était ouvert entre la société BATA et des franchisés (voir nos commentaires sous l'intitulé identique dans les deux précédentes Lettres Européennes). Dans cette décision les juges suprêmes se montrent intransigeants et ravivent l'inquiétude en matière de requalification du contrat de franchise en gérance salariée sur le fondement de l'article L 781-1 du Code du Travail.

Rappelons que l'article L 781 définit les conditions dans lesquelles il y a lieu de considérer l'existence d'une subordination juridique au sens du droit du travail.

En l'espèce le franchisé était tenu d'exploiter sa boutique dans un local agréé par le franchiseur. Rien de très extraordinaire à cela...

En vertu de la clause d'exclusivité, il n'était autorisé à vendre que des marchandises en provenance de la société franchiseur. Rien que de très banal ici encore.

Mais le système «intégré» du dépôt-vente régissait les relations entre les parties. Les marchandises n'étaient facturées au franchisé que lorsqu'elles étaient vendues, sous déduction d'une remise de 27%, remise constituant la rémunération du franchisé. Le prix d'achat des marchandises était contractuellement défini, le prix de vente étant en principe laissé à l'appréciation du franchisé, commerçant indépendant.

Mais tel n'a pas été l'avis de la Cour de cassation.

En effet, en cours de contrat le franchisé réclame à deux reprises une révision et une hausse de sa marge bénéficiaire. Dès lors, la Cour en déduit que le taux de marge est manifestement insuffisant pour permettre au franchisé de mener librement une politique personnelle de fixation des prix de vente.

Donc le prix de vente est établi et déterminé par le franchiseur, ôtant ainsi au franchisé toute indépendance, selon la Cour

Ce faisant, la Cour de cassation fait droit à la demande des franchisés et requalifie le contrat de franchise en contrat de gérance salariée.

Cette requalification réduit à néant toute l'argumentation du franchiseur relative aux obligations du franchisé, destinées à assurer l'identité du réseau et qui sont susceptibles de justifier la position dans laquelle se trouve le franchisé et que la Cour de cassation qualifie de subordination au sens du droit du Travail. Ainsi, le montage juridico-financier élaboré par le franchiseur reste fragile eu égard à cette jurisprudence. Ce montage présente pourtant tous les rouages permettant de préserver un réseau et une image de marque efficacement.

Cette jurisprudence s'inscrit parfaitement dans les tendances du législateur qui craint que la franchise ne soit utilisée à des fins opposées à la libre concurrence.

Par conséquent, il est recommandé aux initiateurs de réseau de franchise d'être vigilant dans la création du montage juridique et financier. Le système devra être suffisamment équilibré afin que deux principes soient respectés: l'image de marque et l'identité du réseau, d'une part, et l'indépendance du franchisé d'autre part.

(Cour de Cassation, chambre commerciale. 3 Mai 1995. Société BATA c/ CASTELLIN).

Prix conseillés : la D.G.C.C.R.F enquête chez les coiffeurs...

La D.G.C.C.R.F serait-elle en voie de modifier sa doctrine en matière de prix conseillés?

Son antenne du Nord-Pas-de-Calais vient en effet de demander et d'obtenir de la Cour d'Appel d'Amiens la condamnation d'un Franchiseur pour prix imposés !

Le Franchiseur en question diffusait régulièrement auprès des membres de son réseau des tarifs et prix conseillés en spécifiant tout particulièrement le caractère de seul conseil des prix indiqués.

Rien d'inhabituel ou d'illégal dans cette pratique tarifaire, reconnue et autorisée tant par la doctrine de la D.G.C.C.R.F que par la jurisprudence.

La D.G.C.C.R.F- Amiens a voulu, semble-t-il, bouleverser les habitudes : estimant que les contrats masquaient, en réalité, une pratique de prix imposés, elle a demandé à la Cour d'Appel d'Amiens la condamnation du franchiseur sur la base de l'article 34 de l'ordonnance de 1986.

Elle présentait, au soutien de sa demande, les deux thèses suivantes :

- Lors du procès-verbal dressé par les enquêteurs, le franchisé avait déclaré que les prix qu'il proposait étaient déterminés par le Franchiseur et qu'il appliquait donc sans modification les tarifs diffusés par le Franchiseur. Ainsi, lors de son entrée dans le réseau, il a soumis divers tarifs pour examen au Franchiseur qui lui a conseillé d'en modifier certains, à la hausse ou à la baisse. Dans une correspondance ultérieure, le franchisé confirmait sa position en précisant que la détermination des prix était incluse dans le savoir-faire du Franchiseur.

La D.G.C.C.R.F. Amiens a soutenu, suivie sur ce point par la Cour, qu'il y avait ingérence du Franchiseur dans la gestion du commerce franchisé et prix imposés. Selon le mémoire déposé, le franchisé «exploitait déjà ce salon avant d'intégrer la franchise. En professionnel, il connaissait donc les prix du marché»; aussi le simple fait que le Franchiseur conseille des modifications de prix caractériserait la pratique de prix imposés.

- En outre, la D.G.C.C.R.F-Amiens s'est livrée à une enquête approfondie, versant aux débats divers tableaux récapitulatifs

dans le cadre desquels apparaissaient les tarifs affichés par l'essentiel des salons parisiens du Franchiseur outre certains salons de province...

Une certaine uniformité de tarification ressortait de ces documents, bien que sensiblement ponctuée de différences notables appliquées ici où là par divers franchisés.

Face à ces similitudes et surtout quant à la concomitance des évolutions tarifaires pratiquées par les franchisés, la D.G.C.C.R.F.-Amiens conclut : «ce qui est totalement inexplicable sans intervention du franchiseur».

La Cour a décidé de sanctionner cette «concordance troublante», au motif que «l'article 34 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 n'exige pas que les pressions exercées sur les revendeurs prennent une forme particulière»...

Bien qu'aucune preuve tangible de pressions, menaces ou sanctions ne soit apportée au débat, le Franchiseur est condamné sur le seul constat d'une certaine uniformité de prix apparaissant entre les magasins franchisés.

Il ressort pourtant du droit applicable, et c'est une première critique de l'arrêt d'Amiens, que la pratique de prix imposés ne peut qu'être prise en compte au terme de la réunion de critères objectifs et non de simples théories ou impressions générales.

De plus, et c'est la seconde critique, la solution adoptée par la Cour d'AMIENS dans cette affaire, tout comme l'argumentation soutenue par la D.G.C.C.R.F. locale nient l'un des avantages essentiels de l'adhésion à un réseau.

En effet, le Franchiseur, par sa position centralisatrice et son rôle de collecteur d'informations, est plus à même que ses affiliés de connaître et définir les souhaits des consommateurs et d'adapter les politiques commerciales que tarifaires qui seront proposées à la clientèle.

Selon la même logique, il est clair que chaque franchisé qui reçoit du Franchiseur une liste de tarifs conseillés a, en règle générale, tout intérêt à pratiquer ces prix.

Cet «alignement» volontaire participe en outre de la politique d'enseigne qui constitue elle-même l'un des avantages de l'adhésion au réseau : permettre au commerçant indépendant de sortir de son isolement.

Le caractère quasi-automatique de cette uniformité au sein d'un même réseau paraît même souhaitable pour qu'une politique de communication efficace puisse être mise en place par la chaîne.

Reste alors à savoir si l'argumentation présentée par la D.G.C.C.R.F.-Amiens reflétait la nouvelle doctrine suivie par la D.G.C.C.R.F en matière de prix conseillés. Dans l'affirmative, on attend maintenant qu'elle définisse les bornes et critères objectifs en deçà desquels un Franchiseur ne saurait être poursuivi pour pratique illicite de prix imposés.

(Cour d'Appel d'Amiens, 17 Janvier 1995)

Franchise et pharmacie : c'est parti !

Un décret en conseil d'état en date du 14 mars 1995, portant code de déontologie, autorise enfin les pharmaciens à se regrouper en réseau pour exploiter leurs officines. A l'annonce de cette nouvelle, certains ont poussé un *ouf* de soulagement. Le Conseil de l'Ordre des pharmaciens avait, en effet, rédigé un projet en sens contraire, interdisant formellement ce mode d'exploitation. Le ministère ne l'a heureusement pas suivi.

Cette nouvelle disposition est ressentie par une grande partie de la profession comme sauvant d'une fin certaine les officines de petites tailles. Ce texte va permettre aux pharmaciens de se regrouper en réseau de franchise ou de partenariat, pour lutter plus efficacement contre la concurrence nouvelle des grandes surfaces de parapharmacie.

Le décret pose certaines limites. L'article R 5015-54 dispose notamment que «les pharmaciens ne doivent pas aliéner leur indépendance et leur identité professionnelles à l'occasion de l'utilisation de marques ou d'émblèmes collectifs».

Il n'y a toutefois aucune contradiction de principe entre l'appartenance à un réseau et l'indépendance du pharmacien. Le fait d'apposer une enseigne commune, d'aménager l'officine selon les normes du réseau ne portent en rien atteinte à l'indépendance des pharmaciens, dans la mesure où ces derniers conservent une autonomie de gestion et de décision.

Les textes, tant français qu'européens, ainsi que la jurisprudence affirment clairement que le franchisé est un commerçant indépendant. Pour la pharmacie, le principe vaut de même. Les autorités déontologiques ne manqueront pas de rappeler à ceux qui l'oublient qu'ils doivent, avant tout, rester des pharmaciens indépendants.

En pratique, les pharmaciens peuvent désormais apposer à l'extérieur de leurs officines l'enseigne du réseau, et faire figurer sur leurs en-têtes de papier à lettres le nom ou le sigle du groupement professionnel dont ils sont membres.

Une incertitude demeure cependant quant à la publicité que pourront pratiquer de tels

réseaux. Le ministère de la santé a, en effet, rédigé un projet de décret qui interdirait toute forme de publicité commerciale en faveur des réseaux intégrés de pharmacie.

Affaire à suivre!

(Décret en conseil d'état n° 95-284 portant code de déontologie des pharmaciens et modifiant le code de la santé publique)

Les décisions commentées sont à la disposition de nos lecteurs sur simple demande écrite

AVIS AUX LECTEURS

Dans nos prochaines *Lettres Européennes*, une nouvelle rubrique «Stratégie et Management des réseaux» par Monsieur Charles SEROUDE sera consacrée aux techniques de stratégie-développement, à l'évaluation des réseaux (audit interne), au réingéniering des systèmes de franchise, et aux outils de gestion, d'animation et de contrôle des réseaux.

FORMATION

«L'animation est l'outil de management par excellence d'un réseau»

Souvent négligée, souvent évoquée, souvent inexistante, l'animation du réseau de franchise est l'outil sans doute le plus important du management d'un réseau. C'est elle, en effet, qui détermine la rentabilité des franchisés et donc la pérennité de la franchise et sa valeur pour le franchiseur.

Pour qu'elle existe, il faut qu'elle dispose d'un budget.

Ce budget a des recettes incontournables : les redevances et les prestations facturées, mais il ne faut pas les détourner de leur finalité qui est bien de :

- payer les coûts d'animation du réseau
- fournir au franchiseur des bénéfices substantiels de prestataire de services.

Il a été noté un ratio curieux, mais caractéristique dans les réseaux de franchise:

Plus le service animation est faible, plus le service juridique est fort et vice versa et 90% des réseaux en difficulté ou qui disparaissent n'ont en général qu'un service animation réduit ou inexistant.

A l'inverse les réseaux qui prospèrent ont un important service animation -et c'est l'activité qui rapporte le plus au franchiseur.

L'animation-dialogue-contrôle est donc bien l'activité principale du franchiseur, ce sont ces services qui le font vivre et prospérer et lui permettent non seulement de réussir sa capitalisation patrimoniale personnelle, mais aussi de contribuer à celle de ses franchisés. La franchise n'est-elle pas après tout et d'abord «un partenariat pour le profit».

3^{ème} Séminaire Management
organisé par la FÉDÉRATION FRANÇAISE DE LA
FRANCHISE et animé par EPAC INTERNATIONAL ET
ASSOCIÉS LES 29 ET 30 SEPTEMBRE 1995 À PARIS

Pour recevoir, sans engagement de votre part, une documentation sur ce séminaire. Adressez-vous à Florent LAMOUREUX à la FFF

Tél/Fax : 53 75 22 25/53 75 22 20

ou à Madame COHEN chez EPAC au 30, rue Michel-Ange 75016 PARIS

Tél/Fax : 46 51 95 02/47 43 08 96

EDITIONS GAST

1, AVENUE Bugeaud - 75116 Paris - Tél. : 47 27 48 50 - Fax : 47 04 94 17

R.C.S. Paris B 330 338 757

Directeur : Philippe GAST, Docteur en Droit, Maître de conférence

Rédacteur en chef : Nathalie CASTAGNON

Rédacteurs adjoints: Pascal LOUBLIER, Marc LANCLAU, Amalia RABETRANO, Gwenola POTTIER, Armelle DREVET, Claire BOUSCATEL

Dépôt légal 1er trimestre 1995 : ISSN 1161-1421