



LE COMMERCE ASSOCIÉ :
Le juridique propre à la franchise

Dossier réalisé par **Claire Fournié** - Juillet 2007-

Les commerçants n'ont habituellement avec leurs fournisseurs que des relations ponctuelles, résultant des contrats de vente successifs. Ces relations ne s'inscrivent pas dans un cadre durable, aucune condition n'est établie ni acquise.

Or, il est intéressant pour les fournisseurs et pour les revendeurs, d'instaurer des relations durables.

Les premiers sont ainsi assurés d'un approvisionnement plus régulier et d'une pénétration plus efficace du marché.

Quant aux revendeurs, il est bien évident qu'ils n'accepteront d'être liés aux fournisseurs par des dispositions contraignantes que dans la mesure où le contrat qui les lie présente des avantages.

La distribution est ainsi assurée par toute une série d'intermédiaires, qui, sur un plan juridique, peuvent être appréhendés de différentes façons.

Le fournisseur peut assurer la distribution de ses produits grâce à des salariés, par des gérants salariés, des représentants de commerce (VRP), ou des agents commerciaux ; mais de plus en plus aujourd'hui cette distribution se fait pas des distributeurs intégrés à un réseau.

Ces ainsi que sont apparus les accords de distribution. Ces contrats de distribution se fondent sur des accords cadres qui sont généralement conclus pour une longue durée et fixent le cadre de la collaboration entre les parties. Ces contrats cadres fixent les règles selon lesquelles se réaliseront les contrats d'application, c'est-à-dire les ventes qui interviendront, de manière successive entre les parties.

Ces accords cadres sont apparus dans les années 30 avec les contrats de bière passés entre les brasseurs et les distributeurs et se sont essentiellement développés à partir des années 70 avec les contrats de franchise, de concession, de distribution sélective...

Avec l'apparition de ces contrats, des difficultés apparaissent. On va devoir appliquer à ces contrats de distribution le droit de la concurrence, c'est-à-dire tout ce qui concerne le droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit des pratiques restrictives de concurrence, aussi bien français que communautaire.

Accords de distribution et droit de la concurrence

Accords de distribution et restriction de la concurrence

En droit français, les pratiques anticoncurrentielles sont prohibées par les L.420-1 et suivant du code de commerce ; la prohibition des pratiques restrictives de concurrence est quant à elle prévue aux articles L 442-1 et suivant de ce même code. Enfin, les accords de distribution peuvent également être intéressés par le contrôle des concentrations régi par les articles L.430-1 et suivant du code de commerce.

En droit communautaire, la réglementation relative aux pratiques anticoncurrentielles est inscrite dans les articles 81 et 82 du traité de Rome. La réglementation sur le contrôle des concentrations est elle prévue par le Règlement européen du 20 janvier 2004.

(Les articles 81 et 82 du traité de Rome ne sont applicables que « dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté » ; Il en est de même pour le règlement européen du 20 janvier 2004 qui n'est applicable que si la concentration est de dimension communautaire.).

Toutes ces règles ont potentiellement vocation à s'appliquer aux accords cadres de distribution.

En droit communautaire, l'article 82 du traité de Rome interdit « le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. » (cet article vise les abus de position dominante).

En droit national, l'article L.420-2 du code de commerce prohibe quant à lui deux types d'abus de domination, il s'agit de - l'exploitation abusive d'une position dominante, c'est-à-dire le fait pour une entreprise ou un groupe d'entreprise d'abuser de la position dominante qu'elle détient sur le marché national ou sur une partie substantielle de celui-ci (ex : refus de vente ; rupture des relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées...)

Et de - L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique : c'est-à-dire « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises (...) de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou un fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente ».

Cependant, en droit communautaire comme en droit interne, l'essentiel de l'analyse des accords de distribution se fait sous l'angle des ententes.

C'est l'article 81, 1°) du traité de Rome pour le droit communautaire, et l'article L 420-1 du code de commerce, pour le droit national qui traitent des ententes anticoncurrentielles.

L'article 81, 1°) et 2°) du traité de Rome est ainsi rédigé :

« 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

L'article L 420-1 du code de commerce, issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifié par la loi du 15 mai 2001, énonce quant à lui que :

Article L 420-1 du code de commerce : « Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

Dès lors, si les parties sont en principe libres de déterminer le contenu des accords-cadres qui les lient, ce dernier ne doit pas être constitutif d'une entente anticoncurrentielle; autrement dit, l'accord de volonté entre les partenaires économique ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de produire une restriction de concurrence ; ne doit pas bloquer le processus concurrentiel.

Or, un accord de distribution pourrait être considéré comme constitutif d'une entente dans la mesure où ces accords contiennent souvent des clauses pouvant conduire à entraver la concurrence entre fournisseurs ou entre distributeurs ; Une clause d'exclusivité d'approvisionnement qui contraint un distributeur à s'approvisionner exclusivement auprès d'un même fournisseur pour certains produits, a potentiellement des effets restrictifs puisqu'elle limite la concurrence entre fournisseurs; les clauses d'exclusivité territoriale en présentent également, c'est pourquoi elles sont interdites lorsqu'elles présentent un caractère absolu, (c'est-à-dire lorsqu'elles interdisent les ventes passives : interdiction de satisfaire les demandes des clients qui proviendraient d'un territoire réservé à un autre distributeur; et les ventes actives : interdiction des prospecter et de vendre à des clients sur des territoires réservés à d'autres

distributeurs). Les clauses prévoyant des prix de revente imposés sont quant à elle prohibées puisqu'elles empêchent la concurrence par les prix.

Cependant, force est de constater que ces accords de distribution présentent souvent des effets économiques bénéfiques, tout particulièrement pour le consommateur qui bénéficiera grâce à eux de prix intéressants, d'autre part, les accords cadre de distribution peuvent favoriser la pénétration du marché par de nouveaux fabricants. C'est pourquoi le droit communautaire, comme le droit français prévoient la validité de tels accords sous certaines conditions.

C'est l'article 81, 3°) du traité de Rome pour le droit communautaire et l'article L 420-4 du code de commerce pour le droit national qui prévoient que ces textes relatifs aux ententes ne sont pas applicables sous certaines conditions :

Autorisation des accords de distribution

En droit communautaire

Article 81, 3°) du Traité de Rome : « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

D'une manière générale, en vertu de cet article, un accord qui présente suffisamment d'effets bénéfiques (amélioration de la production ou de la distribution, promotion du progrès technique...) pour contrebalancer ses effets nocifs pourra être sauvé ; C'est la commission qui, au cas par cas, fait le choix d'exempter tel ou tel accord de l'application de l'article 81, 1°), on parle alors d'exemption individuelle.

De plus, indépendamment des dérogations apportées par cet article, le droit communautaire a fixé certaines limites à l'application de l'article 81 du traité de Rome à travers la notion d' « effet suffisamment sensible » ; on considère qu'un accord n'ayant sur la concurrence qu'un effet restrictif insignifiant, ne tombe pas sous le coup de l'article 81, 1°).

En outre, des règlements d'exemptions par catégories (ont permis à certains types d'accord de bénéficier d'une exemption à l'interdiction générale prévue par l'article 81, 1°) du Traité de Rome. Par la technique de ces règlements d'exemptions par catégorie, des accords entrant dans le champ d'un règlement d'exemption et remplissant les conditions posées par ce dernier pour l'octroi de l'exemption, sont automatiquement autorisés.

C'est ainsi que les accords de distribution exclusive ; les accords d'achat exclusif ou encore les accords de franchise en ont bénéficié.

Pour les accords de franchise, le règlement du 30 novembre 1988 relatif aux accords de franchise prévoyait les conditions d'exemption automatique de ce type d'accord.

Une nouvelle politique de la concurrence a substitué à ces règlements d'exemption par catégories, un règlement général applicable à tous les accords de distribution, il s'agit du « Règlement du 22 décembre 1999 concernant les accords verticaux et pratiques concertées » ; il est entré en vigueur le 31 mai 2000. Les lignes directrices sur les restrictions verticales sont venues préciser la portée de ce règlement.

(Un accord vertical est un « accord ou pratique concertés conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de

production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.)

Dès lors, les accords de distribution tels que accords de franchise, de concession, de distribution sélective... remplissant les conditions posées par ce dernier règlement sont autorisés.

En droit National

Article L. 420-4 du code de commerce :

I. - Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II. - Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence.

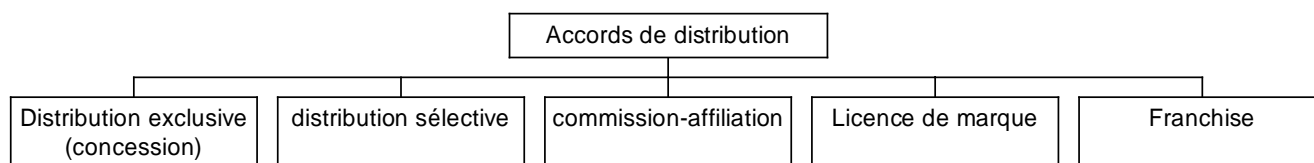
En droit national, c'est le critère du « progrès économique » qui permet d'exempter certains accords. Cet article exclut de la prohibition visée aux articles L.420-1 et L.420-2 les pratiques qui ont pour effet d'assurer « un progrès économique ».

Le législateur français s'est inspiré du droit communautaire et a mis en place des décrets d'exemption par catégories grâce auxquels certaines catégories d'accords sont présumées remplir la condition de progrès économique.

En l'absence de décret d'exemption, il revient à l'auteur de la pratique anticoncurrentielle de prouver que cette dernière comporte des avantages économiques et que ces avantages sont suffisants pour compenser les incidences sur la concurrence.

Pour déterminer l'applicabilité ou non de l'article L.420-1 du code de commerce, on dresse un bilan économique des avantages et des inconvénients de l'entente ou de l'abus de domination. Ce bilan devra alors révéler un progrès économique « tangible (c'est-à-dire que la pratique doit avoir des effets réels) positifs et suffisants » pour justifier l'entrave à la concurrence.

Les principaux accords de distribution



Les accords de distribution exclusive (ou concession exclusive)

En 1963, Claude Champaud nous donnait une définition du contrat de concession qui reste d'actualité : « Un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée, et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé.

Ce contrat permet donc au concédant d'octroyer à des revendeurs géographiquement répartis, une exclusivité de distribution limitée à un territoire déterminé.

Le concessionnaire (ou distributeur exclusif), commerçant indépendant, est seul habilité à vendre, sur le territoire concédé et délimité par le contrat, les produits du fournisseur.



L'exclusivité territoriale accordée par le concédant au concessionnaire est ici le cœur du contrat, elle est l'élément caractéristique et essentiel du contrat de concession exclusive.

(Il est vrai que d'autres contrats tel que le contrat de franchise, peuvent prévoir une exclusivité territoriale ; il ne s'agit alors dans ce cas là, à la différence du contrat de concession, que d'une clause accessoire).

Les accords de distribution sélective

La distribution sélective est utilisée essentiellement pour les produits de luxe ou la cosmétique. Il s'agit d'un contrat par lequel, un fournisseur qui souhaite préserver la notoriété de ses produits, s'engage à vendre les biens ou les services prévus au contrat, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis. Les distributeurs sélectionnés s'engagent à ne pas vendre ces biens ou services à des distributeurs non agréés.

Les critères de sélections des distributeurs sont des critères qualitatifs qui doivent être mis en place sans discrimination.

Le fournisseur doit fournir tous les commerçants aptes à satisfaire le critère qualitatif, c'est à dire ceux qui remplissent les conditions mises en place par le fournisseur pour la distribution de ses produits et/ou services.

L'intérêt de ce type d'accord est, pour le fournisseur, de s'assurer que ses produits seront présentés et proposés au consommateur dans les meilleures conditions possibles. Le distributeur, quant à lui, bénéficie de l'image de marque du réseau auprès du consommateur.

La commission affiliation

Dans ce type d'accord, l'affilié, commerçant indépendant, vend, dans son propre fonds de commerce, et sous l'enseigne du réseau, la marchandise fournie par l'enseigne qui en reste propriétaire jusqu'à la vente.

Cette forme de partenariat est proche des accords de franchise ; cependant, dans le cadre de la commission affiliation, le « fournisseur » reste propriétaire du stock, le commerçant affilié est alors rémunéré à la commission ; ce dernier n'est en fait qu'un simple commissionnaire qui ne peut intervenir ni sur le choix, ni sur la nature du stock (c'est-à-dire un intermédiaire qui agit en son propre nom mais pour le compte d'un tiers, c'est ce dernier, le commettant, qui supporte les opérations commerciales réalisées)

Ce type de contrat présente l'avantage de diminuer le coût de l'investissement des affiliés, à la différence des franchisés, ils n'ont pas à financer leur stock, ils n'en assument ni la gestion ni les risques. Dans ce type de réseau, les exigences relatives à la capacité financière et aux compétences des futurs commerçants à l'enseigne sont moins importantes.

L'enseigne quant à elle se doit d'être performante dans la gestion de ses stocks ; il pèse en effet sur l'enseigne des risques de stocks significatifs si elle commet des erreurs d'appréciation sur la composition de son assortiment ou sur les prévisions de vente.

L'accès du commissionnaire au réseau est subordonné au paiement, par ce dernier, d'un droit d'entrée et de redevances annuelles.

La licence de marque

Dans ce type d'accord, le titulaire d'une marque confère à un tiers (le licencié), le droit d'apposer la marque sur ses propres produits et/ ou d'en faire un usage commercial, notamment à titre d'enseigne.

La mise à disposition d'une marque n'a de sens que si cette dernière est juridiquement valide et commercialement solide. La marque licenciée doit avoir un caractère distinctif par rapport aux produits et services qu'elle désigne, elle doit avoir été déposée et demeurer protégée selon la législation du pays où elle est concédée.

Ce type d'accord est une alternative à la franchise, tout particulièrement en l'absence de savoir-faire original, secret et identifié à transmettre.

C'est en effet l'existence « d'un savoir-faire commercial original et propre qui distingue le contrat de franchise du contrat de licence de marque dès lors qu'un tel contrat peut également être assorti d'une obligation d'assistance, imposer le paiement d'une redevance ainsi que des obligations relatives à l'ouverture, l'agencement et l'aménagement du magasin, les achats et l'image de marque, afin de parvenir à un usage uniforme de la marque et à une image identique auprès de la clientèle ». (Iamy droit économique p. 1604 n°4747)

Enfin, le contrat de licence, afin d'être opposable aux tiers, doit être impérativement inscrit au registre national des marques.

Les accords de franchise

Le code de déontologie européen de la franchise définit ces accords comme « un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de service, le savoir-faire et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet. »

Pour la Cour de Justice des communautés européenne, ce type d'accord consiste, pour « une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales, à accorder, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances. Ce système ouvre par ailleurs, à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe. Les contrats de franchise se différencient en cela des contrats de concession de vente, ou de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective, qui ne comportent ni utilisation d'une même enseigne, ni application de méthodes commerciales uniformes, ni paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis » (CJCE, 28 janvier 1986, aff. n° 161/84, Pronuptia, Rec. CJCE, p. 353)

Les divers types de contrats de franchise

Afin de répondre aux besoins spécifiques de chaque réseau, divers types d'accords de franchise se sont développés ; les plus communs sont :

La franchise de services : le franchisé offre un service sous l'enseigne, le nom commercial et éventuellement la marque du franchiseur, et en se conformant aux normes de ce dernier.

La franchise de production : Le franchisé fabrique, lui-même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de ce dernier.

La franchise de distribution : Le franchisé vend certains produits dans un magasin qui porte l'enseigne du franchiseur.

La franchise de stand ou franchise corner : Le franchisé vend les produits du franchiseur, sous l'enseigne du franchiseur, dans un espace de vente réduit, exploité au sein d'un point de vente d'une taille importante, ayant sa propre enseigne et comportant de nombreux stands ou magasins. Ce type de franchise se retrouve généralement au sein des grandes surfaces.

Accords de franchise principale ou Master franchising : Lorsqu'un franchiseur cherche à développer un réseau de franchisé à l'étranger, il doit faire face aux inconvénients liés aux différences culturelles qui existent entre pays. Pour éviter ces inconvénients, on met en place une franchise principale qui va adapter le concept au territoire concédé. Le franchiseur va confier la distribution de ses produits à un franchisé principal qui à son tour va sélectionner ses propres franchisés.

3- La législation

Nationale

En France, il n'existe pas de texte légal ou réglementaire applicable à la franchise dans son ensemble, cependant, **la loi Doubin du 31 décembre 1989** codifiée à l'article L.330-3 du code de commerce, bien que ne visant pas expressément le contrat de franchise, lui est sans nul doute applicable ; cette loi vise l'information préalable que le franchiseur doit fournir au candidat franchisé afin que ce dernier conclue le contrat en connaissance de cause ; Elle établit une obligation d'information préalable à la signature de « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité ».

Article L.330-3 du code de commerce :

Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, 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.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent.

D'autre part, les règles de concurrence peuvent s'appliquer aux contrats de franchise dans la mesure où ces derniers peuvent être la source de pratiques anticoncurrentielles.

Communautaire

En droit communautaire, c'est la Cour de Justice des communautés Européennes dans l'arrêt « Pronuptia » du 17 décembre 1986 qui, la première, posait le principe selon lequel une clause insérée dans un accord de franchise et indispensable à la protection du savoir-faire, à l'identité et à la réputation du réseau, ne peut être considérée comme contraire à la concurrence.

Solution jurisprudentielle reprise par la commission européenne puisque le règlement d'exemption concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité CE (Traité de Rome) à certaines catégories d'accords de franchise a été adopté le 30 novembre 1988.

Ce règlement était spécifique aux accords de franchise, tout accord de ce type qui remplissait les conditions prévues par le texte bénéficiait de l'exemption par catégorie.

Ce texte a été remplacé par le Règlement général concernant les accords verticaux et pratiques concertées du 22 décembre 1999 ; Aujourd'hui, tous les accords verticaux (à l'exception de la distribution automobile qui fait l'objet d'un règlement à part) qui remplissent les conditions posées par ce texte, sont autorisés.

Des lignes directrices sont venues préciser la portée de ce règlement, c'est les points 199 à 201 de ces lignes directrices qui traitent des ententes.

Les règles professionnelles

Code de déontologie de la franchise

Dès sa création en 1971, la fédération française de la franchise a mis en place un code de déontologie, établissant un ensemble de normes de références. Il s'agit d'un code de bonne conduite et de bon usage de la franchise.



Depuis 1991, le code européen de déontologie de la franchise, élaboré par la fédération européenne du franchisage en collaboration avec la Commission européenne, remplace le code de déontologie qu'avait établie la fédération française de la franchise.

Ce code apparaît comme « un ensemble cohérent de règles qui gouvernent la franchise », il n'a pas valeur de loi, il ne s'agit que d'un code de bonne conduite, cependant les tribunaux s'en inspirent parfois pour trancher des litiges.

Ce code donne une définition de la franchise ainsi que du savoir-faire ; il établit un ensemble de principes directeurs applicables au franchiseur et au franchisé ; établit les points essentiels que doit présenter un contrat de franchise...

<http://www.franchise-fff.com/Le-Code-de-deontologie-europeen-de.html>

Norme AFNOR

L'association française de normalisation a également établi des règles relatives à la franchise. Il s'agit de la norme AFNOR Z 20-000.

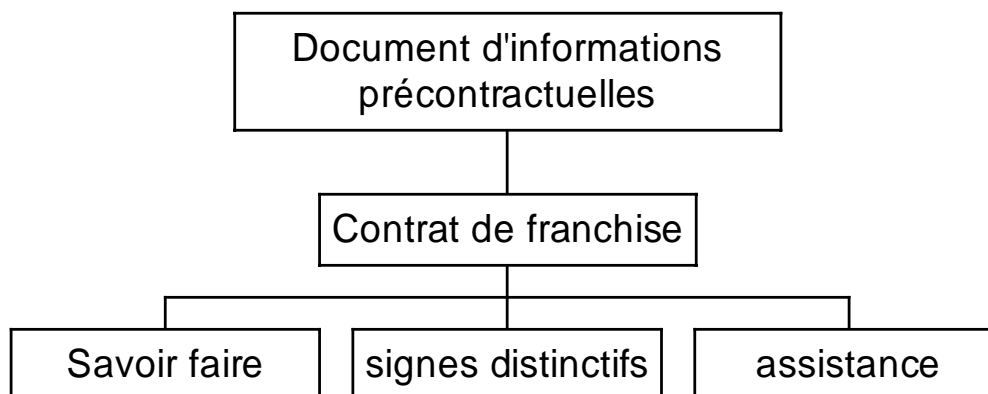
Comme, le code de déontologie de la franchise, elle n'ont pas force de loi, mais se montre sur certains points plus précise que ce dernier.

La norme afnor donne une définition plutôt complète de la franchise : « une méthode de collaboration entre une entreprise franchisante d'une part, et une ou plusieurs entreprises franchisées, d'autre part. Le franchisage implique préalablement, pour l'entreprise franchisante la propriété ou la jouissance d'un ou de plusieurs signes de ralliement de la clientèle (tels que dénomination sociale, nom commercial, enseigne, marque de fabrique, de commerce ou de service....) ainsi que la détention d'un savoir-faire transmissible aux entreprises franchisées se caractérisant par une collection de produits, et ou un ensemble de services :

- présentant un caractère original et spécifique ;
- exploité selon les techniques préalablement expérimentées »

Le Contrat de franchise

Accord de Franchise



La formation du contrat de franchise

Le DIP

La loi Doubin du 31 décembre 1989 prévoit la délivrance d'un document d'informations précontractuelles préalablement à la signature d'un contrat de franchise, l'article 1^{er} de cette loi codifié à l'article L. 330-1 du code de commerce prévoit que « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause ».

Ce Document d'Informations Précontractuelles doit contenir un certain nombre d'informations fixées par le décret n°91-337 du 4 avril 1991, telles que « 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. ».

L'Intuitus personae

Le contrat de franchise est un contrat conclu en considération des personnes et tout particulièrement de celle du franchisé. En effet, le franchiseur doit s'assurer, dans l'intérêt commun des parties, mais également dans l'intérêt du réseau de franchise, que le franchisé sera apte à exploiter une entreprise et le savoir-faire qui lui aura été transmis.

Il semble en effet légitime pour le franchiseur de se prémunir contre toute atteinte à l'image ou à la réputation du réseau de franchise, et ainsi de s'assurer que l'exploitation d'une entreprise par un nouveau membre sous l'enseigne commune à tous les membres du réseau, ne mettra pas en danger ni le franchisé lui-même, ni les autres membres.

C'est pourquoi la norme AFNOR (association française de normalisation) recommande « au franchiseur d'examiner si le candidat franchisé possède les qualités personnelles et les moyens nécessaires propres à assurer des chances raisonnables de réussite ».

La Cour de justice des communautés européennes a quant à elle souligné « le droit pour le franchiseur de choisir librement les franchisés dont les qualifications professionnelles sont une condition pour établir et préserver la réputation du réseau ».

La conclusion du contrat de franchise

Le droit d'entrée ou redevance initiale forfaitaire :

La plupart des contrats de franchise prévoient le versement par le franchisé, au moment de la conclusion du contrat, d'un « droit d'entrée ». Il s'agit d'une somme forfaitaire que le franchisé verse en contrepartie des avantages dont il bénéficie dès son entrée dans le réseau, tels que la notoriété de la marque, l'assistance, ou encore la communication du savoir-faire...

Les éléments essentiels du contrat de franchise :

Le point 199 des lignes directrices sur les restrictions verticales définit les accords de franchise comme comportant une licence de droits de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens et de

services . (...)Il est en outre précisé que le franchiseur fournit au franchisé une assistance commerciale ou technique.

En l'absence de l'un de ces 3 éléments, il y a un risque de requalification du contrat par le juge.

On retrouve ici les trois éléments essentiels d'un contrat de franchise, il s'agit de :

- L'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs (ainsi qu'une présentation uniforme des locaux, moyens de transports...)

- La communication du savoir-faire

- La fourniture continue d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord.

* **La mise à disposition des signes distinctifs** : Le franchiseur doit être propriétaire ou avoir la jouissance d'un ou de plusieurs « signes de ralliement de la clientèle, tels que dénomination sociale, nom commercial, enseigne, marque qu'il met à la disposition de ses franchisés et dont il en garantit la jouissance. ...»

* **L'assistance commerciale** : Un accord de franchise comporte nécessairement une assistance technique ou commerciale fournie au franchisé. Le point 1999 du règlement d'exemption de mai 2000 le prévoit expressément : « le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique ».

* **Le savoir-faire** : bien que l'utilisation d'un signe de ralliement de la clientèle et l'assistance commerciale soit des éléments essentiels sans lesquels le contrat de franchise n'en serait pas un, le savoir-faire reste l'élément le plus caractéristique de ce type d'accord.

Le franchiseur, avec l'expérience, a développé certains procédés commerciaux et des connaissances techniques, le savoir fait est constitué de l'ensemble des méthodes commerciales ou autres, sur lesquelles est fondée la réussite du franchiseur.

Selon la norme AFNOR, « le savoir-faire est constitué par des connaissances et expériences de nature technique, commerciale, administrative ou autres, qui sont applicables dans la pratique pour l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une profession »

Dans le secteur de la franchise de services, le savoir-faire peut comprendre un ensemble d'informations pratiques constituant l'expérience professionnelle du franchiseur ;
Selon la jurisprudence, il peut s'agir de méthodes éprouvées de gestion financière, de gestion de stocks, d'implantation, de lancement, d'agencement, d'animation des points de vente (CA Douai 5 décembre 1991)

En outre, les Tribunaux français considèrent que la centrale d'achat ou de référencement constitue un des éléments du savoir-faire du franchiseur.

Le règlement d'exemption spécifique aux accords de franchise de 1988 (remplacé aujourd'hui par le règlement de 1999) définissait ce **savoir-faire** comme « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié ».

Il convient de noter que seul un savoir-faire transmissible peut être franchisé, une compétence technique liée à l'habileté personnelle d'un professionnel, (le « tour de main »), et qui ne serait pas communicable, ne constitue pas un savoir-faire susceptible d'être franchisé.

En outre, le savoir-faire n'est pas breveté, il n'est d'ailleurs (le plus souvent), pas brevetable ne remplissant généralement pas les conditions de brevetabilité (sont brevetables les inventions nouvelles, impliquant une activité inventive et susceptibles d'applications industrielles.).
Et si il s'agissait d'une invention faisant l'objet d'un brevet, le régime juridique de la transmission de ce dernier serait la licence de brevet.

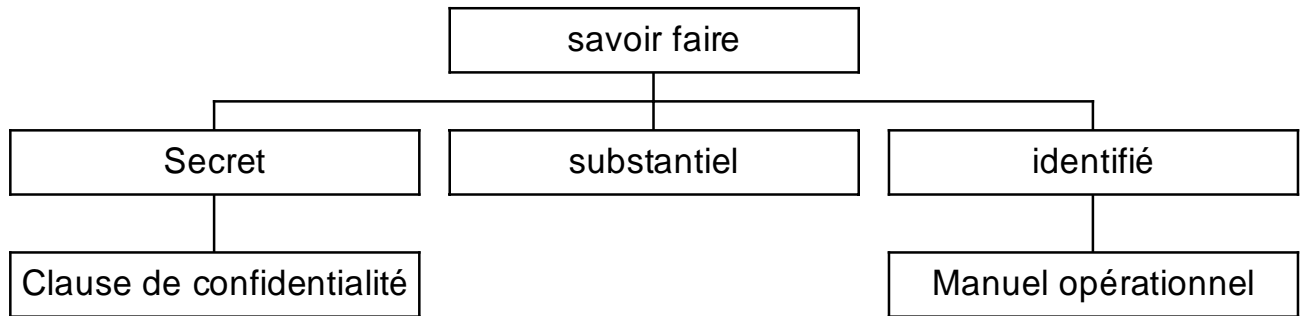
Enfin, **le savoir-faire, dans un contrat de franchise, doit être évolutif** ; la jurisprudence insiste sur ce caractère évolutif du savoir-faire transmis au franchiseur. Le code de déontologie européen de la franchise précise que « le franchiseur garantit au franchiseur la jouissance d'un savoir-faire qu'il entretient et développe ».

C'est ce caractère évolutif du savoir-faire qui distingue le contrat de franchise du simple contrat de communication de savoir-faire.

Il s'agit surtout d'éviter que les procédés, méthodes et concepts constituant le savoir-faire ne soient totalement dépassés. Le savoir-faire est précaire, il s'use avec le temps ; le risque serait alors qu'il ne devienne connu de tous ou de toute une profession... il ne serait alors plus secret.

C'est pourquoi la transmission du savoir-faire, du franchiseur au franchisé doit être permanente, elle a lieu lors de la conclusion du contrat, mais également tout au long de son exécution.

Les caractéristiques du savoir-faire



Le savoir-faire est caractérisé par le fait qu'il est secret, substantiel et identifié, en l'absence d'un de ces caractères, il n'y a pas de savoir-faire.

C'est un élément fondamental du contrat ; le franchiseur doit garantir le franchisé contre l'éviction du savoir-faire. A ce titre, il ne doit pas le divulguer à des tiers non membres du réseau de franchise.

Le caractère secret : « signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible ». Des méthodes ou techniques de commercialisation, des connaissances connues de tous ou par un grand nombre d'individus ne peuvent pas être qualifiées de savoir-faire.

Le caractère substantiel : « signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou services contractuels ». Les connaissances, procédés et méthodes qui constituent le savoir-faire n'auraient pas être découvert par le franchisé qu'après de longues recherches dont il aurait du supporter le coût ».

Enfin, le savoir-faire doit être identifié, cela « signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ».

Cette identification du savoir-faire passe la plus souvent par la rédaction par le franchiseur, d'un « manuel opérationnel » dans lequel l'ensemble des connaissances, procédés et méthodes du franchiseur, autrement dit, le savoir-faire, est décrit.

Il semble d'ailleurs difficile d'identifier le savoir-faire au sein du contrat puisque le savoir est par nature évolutif ; il ne peut de ce fait être fixé de manière définitive au sein du contrat.

Le manuel opérationnel (également appelé « bible de la franchise » ou « manuel d'instruction ») établit l'originalité des méthodes transmises par le franchiseur.

D'autre part, le franchisé ne peut pas contester la réalité du savoir-faire dont atteste le manuel opérationnel qui lui a été remis. A plusieurs reprises d'ailleurs, la jurisprudence s'est fondé sur l'existence d'une « bible » pour affirmer l'existence et la transmission du savoir-faire.

Ce manuel est une preuve de transmission du savoir-faire, mais il est également un gage pour le franchisé de l'existence de ce savoir-faire ; Ce dernier sera rassuré de disposer d'un manuel décrivant et expliquant tous les éléments qui ont fait la réussite de l'entreprise du franchiseur. Le savoir-faire est constitué d'un ensemble d'éléments techniques et de méthodes, toutes ces connaissances techniques, commerciales, administratives, les méthodes de gestion financière, ou encore de gestion des stocks ... doivent être décrites dans la manuel opérationnel ; celui qui a fait le choix d'intégrer un réseau attend d'être accompagné.

La transmission du savoir-faire ne se fait pas uniquement par la remise du manuel, la formation du franchisé est également un moyen de transmission de ce savoir-faire, d'ailleurs, le caractère évolutif du savoir-faire implique la délivrance d'une formation continue, le franchiseur ne doit pas se limiter à une formation initiale ; il en est de même du manuel opérationnel qui doit s'adapter aux évolutions du savoir-faire.

Pour terminer, il faut être attentif au fait que le savoir-faire décrit dans un manuel opérationnel en soit bien UN ! Il ne suffit pas de décrire des éléments, méthodes d'exploitation, procédés et concepts qui sont à la portée de tout le monde. Si le manuel opérationnel est un simple cahier des charges imposant aux membres du réseau de respecter un certain nombre de normes, s'il n'y a pas de savoir-faire réel (secret, substantiel et identifié), il ne peut y avoir de contrat de



franchise. Les juges sont très attentifs et exigeants quant à l'existence de ce savoir-faire. En son absence et en cas de litige, le contrat risque une requalification, voire la nullité.

La protection du savoir-faire

Le savoir-faire est une connaissance, c'est une valeur incorporelle ; une fois transmis au franchisé, le savoir-faire ne peut pas être restitué au franchiseur. Les connaissances, une fois assimilées par le franchisé, pourront être mises en œuvre par ce dernier.

C'est pourquoi les contrats de franchise prévoient, pour la durée du contrat, mais également pour l'après contrat, des clauses de confidentialité ou de non concurrence.

Un réseau de franchise repose en grande partie sur le savoir-faire du franchiseur ; Si ce savoir-faire était connu de tous et exploité par un grand nombre, il n'y aurait aucun avantage à intégrer le réseau du franchiseur. En outre, le réseau n'aurait très certainement aucun attrait pour le client.

C'est pourquoi il est essentiel pour le franchiseur de se prémunir contre toute divulgation de son savoir-faire.

En l'absence de contrat, le fait pour un tiers, de briser le cercle de secret dont un opérateur entoure certaines informations, peut être constitutif d'une faute entraînant sa responsabilité civile délictuelle. En outre, une action en concurrence déloyale pourra être engagée contre un candidat à la franchise, qui, au cours des diverses rencontres avec le franchiseur aurait eu connaissance du savoir-faire, et par la suite, n'ayant pas intégré le réseau de franchise, utiliserait le savoir-faire du franchiseur pour l'exercice d'une activité concurrente.

Dans le cadre d'un contrat de franchise, le franchiseur met à la charge du franchisé une obligation de confidentialité au titre de laquelle il est tenu de ne pas divulguer le savoir-faire qui lui a été communiqué. Le franchisé qui divulgue le savoir-faire engage sa responsabilité contractuelle.

Cette obligation s'impose au franchisé même en l'absence de ce type de clause car elle est de la nature même du contrat.

La fin du contrat de franchise

Au terme du contrat de franchise, la clause de confidentialité est le plus souvent maintenue. Le règlement d'exemption de 1999 prévoit clairement la validité d'une clause interdisant pour une durée indéterminée la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public.

En outre, des clauses de non concurrence post-contractuelle peuvent être prévues. Bien que très encadrées, elles sont légitimées par le fait que le franchiseur ne souhaite pas voir ses anciens franchisés continuer à utiliser sous une autre enseigne, le savoir-faire qui leur a été transmis. D'autre part, le franchiseur ne souhaite pas que l'emplacement et la réputation acquise grâce à l'enseigne du réseau puisse profiter à la concurrence, car même si l'enseigne change, le magasin reste.

Le règlement d'exemption de 1999 a confirmé la validité des clauses de non concurrence ; elles sont cependant très encadrées, elles doivent entre autre être indispensables à la protection du savoir-faire transféré par le franchiseur. Dans tous les cas, le savoir-faire dans un contrat de franchise devant être évolutif, la clause de non concurrence n'aura qu'une durée limitée puisque le savoir-faire se protégera lui-même en évoluant.

Enfin, certains contrats ne prévoient pas de clauses de non concurrence et font le choix des clauses de non affiliation qui interdisent aux anciens franchisés de l'enseigne de créer ou intégrer un réseau concurrent pendant un certain temps, dans ce cadre là, l'ancien partenaire reste libre d'exercer une activité concurrente à titre personnel.

La force des accords de franchise, comme de tous les accords du commerce associé, est la mise en place de réseau de distributions. Ce « réseau » de distributeurs constitue une puissance d'achat qui permet d'obtenir certains avantages auprès des fournisseurs.

Les réseaux de distribution

La conclusion par un même fournisseur, d'un ensemble de contrats avec divers distributeurs géographiquement répartis, peut aboutir à la création d'un réseau de distributeurs. Il n'existe pas de contrat entre ces différents distributeurs, mais leur relation commune, les engagements similaires (ou quasi similaires) qu'ils ont avec un fournisseur ou avec la tête de réseau dans un réseau de franchise par exemple, donne à cet ensemble une identité commune.

Dans d'autres cas, des petits distributeurs détaillants, cherchant à échapper aux réseaux, se regroupent pour tenter de lutter « à armes égales » avec la grande distribution.

Les centrales d'achat et de référencement :

Ce sont des entreprises chargées de négocier des conditions d'achat avantageuses auprès des fournisseurs, et au profit de distributeurs, grossistes ou détaillants.

Le nombre de distributeurs fait la force de la centrale, un distributeur isolé n'aurait pas assez de poids pour obtenir les avantages obtenus par la centrale auprès des fournisseurs.

La centrale d'achat achète aux conditions négociées, aux fournisseurs, en son propre nom et pour le compte de ses distributeurs affiliés, elle ne devient jamais propriétaire des produits.

La centrale d'achat se conduit comme un commissionnaire, c'est-à-dire un intermédiaire qui agit en son nom et pour le compte d'un autre (le commettant), c'est ce dernier qui supporte les effets des opérations commerciales réalisées.

La centrale de référencement établit et met à jour une liste de fournisseurs qu'elle communique aux distributeurs affiliés. En échange de quoi les fournisseurs référencés consentent des conditions de vente avantageuses par le contrat de référencement. Le fournisseur référencé s'engage, auprès de la centrale, à fournir aux affiliés de la centrale, les produits désignés dans le contrat et aux conditions convenues.

La centrale de référencement n'achète pas, elle négocie les conditions et met en relation les fournisseurs et les distributeurs affiliés ; elle agit comme un courtier c'est-à-dire une personne qui met en relation deux personnes qui souhaitent contracter.

Les groupements de détaillants

Les chaînes volontaires : La fédération française des chaînes volontaires les définit comme « Une association de commerçants indépendants formée à l'initiative d'un ou de plusieurs grossistes en vue d'assurer la coordination des fonctions de gros et de détail, d'organiser l'achat et la vente dans les entreprises mais en respectant l'indépendance juridique et financière de chacune d'entre elles ».

Il s'agit en fait d'un ensemble de contrats conclus librement par les distributeurs avec un même grossiste non pas dans le but de commercialiser de manière exclusive certains produits mais en vue d'obtenir des avantages, notamment tarifaires, de la part de ce dernier.

La société coopérative de commerçants détaillants : Elles ont été créées pour réagir contre la concurrence des sociétés succursalistes. Des commerçants détaillants ont pris l'initiative de se grouper pour s'approvisionner, gérer un entrepôt ou faire de la publicité.

A l'origine, ces sociétés étaient organisées sous forme d'association puis, peu à peu, la forme de coopérative est apparue.

L'article L 124-1 du code de commerce, avant d'énumérer les activités que les sociétés coopératives de commerçants sont autorisées à poursuivre, énonce que « les sociétés coopératives ont pour objet d'améliorer par l'effort commun de leurs associés, les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale ».

La société coopérative agit pour le compte de ses adhérents ; seuls ces derniers peuvent utiliser ses services.

Les magasins collectifs de commerçants indépendants : Il ont été créés à l'initiative de petits commerçants indépendants qui souhaitent résister au développement des grandes surfaces. Chaque commerçant adhérent, tout en préservant son indépendance, profite du regroupement sous une enseigne commune. Ce regroupement permet un flux de clientèle plus important et un partage des frais généraux.

L'importance de l'assistance

Lors de la mise en place d'un réseau d'entreprise, l'assistance d'un ou de plusieurs professionnels est essentielle.

Il n'est pas évident pour un commerçant qui se lance dans le commerce associé de faire le bon choix ; comment savoir dans quel cas s'orienter vers tel type de réseau plutôt que vers un autre ? Ou tout simplement est-il opportun de se lancer dans le commerce associé ? Tous les concepts, tous les savoir-faire ne sont pas nécessairement « exportables ». Un professionnel saura vous guider dans vos choix, vous mettre en garde contre les risques liés à la mise en place de tels réseaux.

Le choix du contrat est essentiel ; quel concept est franchisable, lequel ne l'est pas ; dans quel cas un autre type de réseau serait plus approprié ? Tous les réseaux ne répondent pas au même statut juridique et ne fonctionnent pas de la même façon.

En l'absence de savoir-faire et en cas de litige, un accord de « franchise » risquerait d'être requalifié en contrat de licence de marque par le juge ;

La résolution du contrat au tort du franchiseur peut également être prononcée lorsque ce dernier n'a pas fait évoluer le savoir-faire.

En l'absence de savoir-faire, cela pourrait entraîner la nullité du contrat qui entraînerait alors l'anéantissement rétroactif du contrat, dès lors, le franchiseur devrait restituer les sommes que le franchisé lui a versées, au titre du droit d'entrée notamment.

De telles solutions mettraient en péril le réseau si à la suite d'une telle solution, tous les franchisés invoquaient l'absence de savoir-faire.

Il est arrivé également que le juge requalifie un contrat de franchise en contrat de gérance salariée parce que le propriétaire du fonds de commerce n'avait aucune liberté pour l'exploitation de son commerce. De telle solution change la relation entre les parties, ainsi que les obligations à la charge du « franchiseur ».

Ce type de requalification pourrait être également prononcée par le juge dans le cadre d'un contrat de commission d'affiliation dans la mesure où la liberté et la prise d'initiative de l'affilié restent très limitées.

En outre, parce que la mise en place d'un réseau implique de nombreuses démarches, commerciales, juridiques, il est nécessaire de faire appel à un professionnel qui sait à qui s'adresser, ou s'adresser et comment organiser la mise en place et le développement de ce réseau.

Enfin, cela demande beaucoup de temps et d'implication, un franchiseur agissant seul pourra difficilement apporter l'assistance nécessaire aux franchisés et continuer à exercer son activité. Cette assistance peut être apportée par des professionnels, qui le plus souvent sont plus compétent pour trouver des solutions aux problèmes administratifs, juridiques, de gestion, de marketing, ou autre, que le franchisé rencontre.