

## ■ COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 3.1

O. GAST,  
Avocat à la Cour de Paris.  
Président de l'Université Européenne  
de la Franchise (I.P.F. Colmar)  
Président de la Commission Franchising  
de U.I.A. (Union Internationale des Avocats).

L'article 3 définit quelles sont les obligations imposées au franchisé qui ne font pas obstacle à l'application de l'article 1 c'est-à-dire de l'exemption.

L'article 3 est également appelé liste blanche.

Il est composé de 17 clauses, mais il ne s'agit pas d'une liste exhaustive.

Le franchisé peut choisir parmi ces clauses celles qu'il souhaite incorporer à son contrat.

L'article 3 est composé de deux groupes de clauses.

### Premier groupe :

Les obligations imposées au franchisé qui ne font pas obstacle à l'application de l'article 1. *Dans la mesure où elles sont nécessaires* pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur, ou maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé (7 clauses).

### Deuxième groupe :

Les obligations imposées au franchisé qui ne font pas obstacle à l'application de l'article premier (10 clauses).

### ARTICLE 3.1

Analyse des clauses admises pour préserver l'identité et la réputation du réseau et/ou pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur.

On peut se reporter au considérant n° 2 du règlement lequel donne une définition des accords de franchise : *« Ils consistent essentiellement en des licences de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, des signes distinctifs ou savoir faire, qui peuvent être combinés avec des restrictions portant sur la livraison ou l'achat de produits ».*

La notion de propriété industrielle ou intellectuelle apparaît comme essentielle.

### ARTICLE 3.1 (a)

#### POINT a ET b DU RÈGLEMENT

Ces deux premiers points concernent l'approvisionnement.

Le franchisé peut être soumis à l'obligation de :

« Vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services exclusivement des produits répondant aux *spécifications objectives minimales* de qualité fixées par le franchiseur. »

Dès lors le franchiseur devra nécessairement définir les spécifications objectives minimales — le franchiseur doit s'interroger, analyser les caractéristiques des produits nécessaires à son activité.

Il devra les identifier en les annexant par exemple à son contrat.

Pour demeurer dans l'esprit du règlement de la Commission, on peut se reporter à la définition du mot *identifié* lequel figure dans la définition fort précise du savoir faire.

Cette définition représente un progrès certain par rapport à toutes les définitions précédentes, preuve qu'à un niveau européen on fait des meilleures « trouvailles » qu'à un niveau national.

Identifié : *Le fait 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* (Point 1 du règlement).

La description du savoir faire peut être faite dans l'accord de franchise, dans un document séparé ou sous toute autre forme appropriée.

### ARTICLE 3 (1) b

L'article 3 (1) b dispose :

Vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués seulement par le franchiseur ou par des tiers désignés par lui, lorsqu'il est impraticable, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications objectives de qualité.

Sous le point (a), on obligeait le franchisé, à vendre ou utiliser exclusivement des produits répondant à des *spécifications objectives minimales de qualité*.

Dans l'hypothèse du point (b) il n'est pas possible du fait de la nature du produit de définir *ces spécifications objectives minimales*.

Dès lors le franchiseur peut imposer un approvisionnement exclusif à son franchisé — ceci sans préjudice des clauses noires sous l'article 5 points (b et c) — qui prohibe le même approvisionnement exclusif lorsqu'il n'est pas justifié par l'absence de spécifications objectives.

Il ne faut pas oublier que ceci demeure valable dans la mesure où il s'agit de dispositions nécessaires pour préserver l'identité ou la réputation du réseau de franchise et où ces obligations sont nécessaires pour la protection des droits de propriété intellectuelle et industrielle.

## ARTICLE 3 (1) (c) CLAUSE DE NON CONCURRENCE

Toujours sous la même condition de « nécessité », l'obligation suivante est admise :

« Ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur (1) ; cette obligation peut être imposée au franchisé après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise (2). »

### 1. NON CONCURRENCE PENDANT LE CONTRAT

Il est bien entendu que le franchisé ne peut concurrencer son franchiseur ou un franchisé du réseau en exerçant sous une enseigne différente une activité similaire.

En revanche, il est utile de rappeler, que le franchisé s'il ne peut exercer une concurrence active (ex : par le biais de la publicité) sur le territoire donné en exclusivité à un autre franchisé du réseau, il peut fort bien exercer une concurrence passive ; par exemple dans le cadre d'une franchise de prestation de services.

Si un consommateur demande au franchisé du réseau X d'intervenir sur le territoire du franchisé du réseau Y, il doit pouvoir le faire.

*Exemple :*

Dans le cadre de l'exemption individuelle « Service Master » (décision du 14 décembre 1988, J.O. 1322 du 3/12/1988).

Le contrat notifié par « Service Master » le 3 juin 1987 comportait un certain nombre de dispositions qui ne remplissaient pas les conditions nécessaires à l'octroi d'une exemption, en particulier des dispositions relatives à la protection territoriale, qui excluait initialement toute concurrence à l'intérieur de la marque entre franchisés.

« Service Master » a pu obtenir l'exemption individuelle après avoir modifié cette disposition.

### 2. CLAUSE DE NON CONCURRENCE APRÈS CONTRAT

Le franchisé peut être tenu à une obligation de non concurrence après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise.

#### QUID DE LA NOTION DE PÉRIODE RAISONNABLE ?

*Décision Yves Rocher* du 17 décembre 1987 (J.O. L. 8 du 10 janvier 87, page 1).

Si on se réfère à cette décision, on observe qu'au terme du contrat de franchise notifié par Yves Rocher, il est indiqué : « le franchisé s'interdit de concurrencer Yves Rocher directement ou indirectement, fût-ce comme salarié pendant une durée d'un an à l'intérieur du territoire exclusif, tant par lui-même qu'avec le concours d'une firme concurrente. »

La Commission a considéré dans son appréciation juridique que la dite clause de non concurrence n'était pas restrictive de concurrence.

Le considérant n° 47 de la décision Yves Rocher dispose que la clause de non concurrence a simplement

pour objet d'empêcher des producteurs concurrents de Yves Rocher de profiter du savoir faire transmis par Yves Rocher à l'ancien franchisé et de la clientèle ralliée grâce à ce savoir faire et aux signes distinctifs Yves Rocher, alors qu'en raison du territoire exclusif concédé au franchisé pendant la durée du contrat, Yves Rocher s'y trouve dépourvu de tout point de vente en fin de contrat et doit donc disposer d'une période raisonnable pour installer un nouveau centre de beauté.

Dans le cas d'espèce, la clause ne va pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre son objectif, puisque l'ancien franchisé peut concurrencer Yves Rocher dès la fin du contrat en s'établissant en dehors de son ancien territoire exclusif, et ainsi éventuellement dans le territoire des autres franchisés Yves Rocher.

Dans ces conditions, la clause ne saurait être considérée comme restreignant la concurrence au sens de l'article 85 § 1.

#### COMMENTAIRE

De nombreux contrats de franchise français comportent des clauses de non concurrence qui sont largement plus restrictives que celles admises par le règlement.

Il faudra que les franchiseurs adaptent leur contrat à la nouvelle réglementation communautaire, ou justifient de l'application d'une clause de non concurrence plus restrictive en exposant leur motivation dans le cadre d'une notification en vue d'une exemption individuelle.

Les motivations des franchiseurs devront être objectives.

*La Commission refuse que la clause de non concurrence ait un caractère de sanction.*

### ARTICLE 3(1) (d) DU RÈGLEMENT

Le franchisé peut avoir l'obligation de ne pas acquérir de participations financières dans le capital d'une entreprise concurrente qui lui donnerait le pouvoir d'influencer la conduite économique d'une telle entreprise.

Il faut s'attarder sur la dernière partie de cet article.

Il s'agit encore une fois pour le franchisé de s'abstenir de concurrencer de façon indirecte le franchiseur.

Dans la décision Yves Rocher, la Commission avait estimé que la clause subordonnant l'acquisition par le franchisé d'intérêts financiers dans le capital d'une société concurrente de Yves Rocher à la condition que le franchisé ne soit pas amené de ce fait à participer personnellement à l'exercice d'activités concurrentes n'était pas restrictive de concurrence.

L'ensemble des clauses de non concurrence pendant ou après la vie contractuelle doit être motivée par le fait que la concurrence ne doit pas bénéficier ne serait-ce qu'indirectement de la formule commerciale en cause.

### ARTICLE 3-1-(e)

« Vendre des produits qui font l'objet de la franchise seulement à des utilisateurs finals ou à d'autres franchisés, lorsque ces produits ne sont pas vendus par d'autres canaux par le franchiseur ou avec son consentement. »

On doit rapprocher l'article 3-1-e de l'article 4 point 1 du règlement d'exemption lequel dispose que l'exemption s'applique à condition que :

« Le franchisé soit libre d'acheter les produits faisant l'objet de la franchise aux autres franchisés ; en cas de

distribution parallèle par un autre réseau de distributeurs agréés, le franchisé doit être libre de s'approvisionner auprès de ceux-ci. »

La Commission a toujours voulu en matière de distribution exclusive que les approvisionnements parallèles entre les distributeurs agréés soient possibles, car elle refuse le cloisonnement total du marché.

Afin de bien montrer sa volonté elle a une politique de répression particulièrement sévère en ce domaine.

*Exemple :*

Décision de la Commission du 18 décembre 1987 relative à une procédure d'application de l'article 85 C.E.E. (J.O. C.E.-L. 49 du 23 février 1988 page 19).

Aff. Fisher Price c/ Quaker Oats Ltd, Toyco.

Cette affaire concernait des restrictions relatives aux importations parallèles de jouets Fisher Price du Royaume-Uni en Irlande entre 1982 et 1985.

Pour la Commission l'interdiction d'exporter doit être considérée comme une infraction grave.

Dans sa décision, la Commission a arrêté que :

L'accord entre Quakers Oats Ltd et Toyco Ltd visant à restreindre les importations parallèles du Royaume-Uni en Irlande a constitué une infraction à l'article 85 § 1 du Traité de la C.E.E. La Commission a estimé en outre que l'accord en question n'aurait pu bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85 § 3 du Traité de Rome, parce qu'il impose une restriction très importante qui n'est pas du tout indispensable à un bon système commercial mais qui est clairement susceptible de nuire aux utilisateurs dans une partie substantielle au Marché Commun.

En l'espèce une amende de 300 000 Écus a été infligée à Quakers Oats.

### ARTICLE 3 (f)

Le franchisé peut avoir pour obligation de :

« Commercialiser les produits ou les prestations de services faisant l'objet de la franchise au mieux de ses possibilités.

— Il peut être obligé d'offrir à la vente un assortiment minimal de produits.

— Réaliser un chiffre d'affaires minimal

— Planifier ses commandes à l'avance

— Détenir un stock minimal

— Assurer le service à la clientèle et la garantie (laquelle il faut le rappeler doit être européenne [cf. Article 4(b) du règlement].

### ARTICLE 3 (g)

Le franchisé peut avoir pour obligation de :

« Payer au franchiseur une part déterminée de ses ressources pour la publicité, et réaliser lui-même la publicité, *en devant obtenir l'accord du franchiseur sur la nature de celle-ci.*

Il est certain que dans le cadre de la protection de l'image de marque, et du maintien de l'identité commune du réseau franchisé, le franchisé ne doit pas faire une publicité qui soit en dehors des normes fixées par le franchiseur.

Il est indispensable de maintenir une certaine cohérence, ou plutôt une cohérence certaine au sein du réseau — c'est là *sa FORCE.*