

# Dans quelle mesure le contrat de franchise fausse-t-il le droit de la concurrence ?

Analyse de la validité des clauses contenues au sein de celui-ci.

Mémoire réalisé par  
**Nicolas Maldague**

Promoteur(s)  
**Yves De Cordt**

Année académique 2016-2017  
**Master en droit**



## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

## REMERCIEMENTS

Le mémoire est l'aboutissement d'un parcours, tant académique que personnel. Un parcours ne s'appréhende que rarement seul, il est fait de rencontres et de soutiens. A ce titre, je tenais tout d'abord à remercier mon promoteur Monsieur Yves De Cordt qui, tout en nous laissant une essentielle liberté, fût toujours présent et directement accessible. J'aimerais aussi exprimer ma profonde reconnaissance à mes parents, à ma petite sœur, à Klara et à toute ma famille qui ne cessent, depuis tant d'années déjà, de me porter amour et soutien indéfectibles. J'aimerais, par ailleurs, remercier plus particulièrement mon Père ainsi que mon Grand-Père pour le temps qu'ils ont entrepris à la relecture de cette entreprise. Enfin et comme je me le suis promis il y a déjà 5 ans, j'aimerais dédier mes études de droit ainsi que ce travail à la mémoire de Paul qui me manque toujours autant.

# Table des matières

Introduction.....	5
Titre 1 : Généralités du contrat de franchise et du droit de la concurrence.....	7
Chapitre 1 : Eléments caractérisant la franchise.....	7
Section 1 : Notions.....	7
§ 1 : Définition .....	10
§ 1.1. Définitions doctrinales.....	10
§ 1.2. Définitions jurisprudentielles .....	11
§ 1.3. Définitions communautaires .....	15
§ 2 : Les traits caractéristiques .....	16
§ 3 : Le régime juridique applicable .....	19
§ 3.1. Le droit européen .....	20
§ 3.2. Le droit belge .....	22
§ 3.3. Les codes de déontologie et le Soft Law .....	23
Section 2 : Les différents types d'accords de franchise .....	25
Chapitre 2 : L'exemption du contrat de franchise au regard du droit de la concurrence.....	29
Section 1 : Le principe d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles.....	29
§ 1. Prohibition des ententes et exceptions.....	30
§1.1. Prohibition des ententes .....	30
§1.2. Possibilité d'exemption du contrat de franchise.....	31
a) L'affaire Pronuptia .....	32
b) Le règlement (CEE) n° 4087/88 .....	34
c) Le règlement (CE) n° 2790/1999.....	35
d) Le règlement (UE) n° 330/2010.....	37
§1.3. Particularités du contrat de franchise .....	38
§ 2. L'abus de position dominante .....	40
§ 2.1. Conditions communes et préalables à l'application du droit européen .....	40
§ 2.2. Conséquences de l'abus de position dominante.....	44
Titre 2 : La validité des clauses du contrat de franchise au regard du droit de la concurrence ....	47
Chapitre 1 : Rappel et méthodologie d'analyse .....	47
Chapitre 2 : Les clauses expressément présumées valides .....	48
Section 1 : Notion .....	48

Section 2 : Durée .....	48
§ 1. Le Règlement n° 330/2010 .....	48
§ 2. Les lignes directrices .....	49
Section 3 : Les différentes clauses présumées valides .....	50
§ 1. Les clauses de distribution sélective et de distribution exclusive .....	50
§ 1.1. Principe .....	51
§ 1.2. Exemples .....	53
Chapitre 3 : Les restrictions caractérisées .....	54
Section 1. La prohibition des prix imposés .....	54
§ 1. Notions .....	55
§ 2. Nuance .....	55
§ 3. Position de la Commission .....	56
Section 2. Les restrictions relatives à la vente .....	57
§ 1. La distinction entre les ventes actives et les ventes passives .....	57
§ 2. Les différentes clauses restrictives et leur licéité .....	58
§ 3. Les ventes sur internet .....	60
§ 3. 1. La situation antérieure .....	60
§ 3. 2. Le régime actuel .....	61
Chapitre 4 : Les restrictions exclues .....	62
Section 1. Les clauses de non-concurrence durant l'exécution du contrat .....	63
Section 2. Les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation <i>post</i> contractuelle .....	64
§ 1. Notions .....	64
§ 2. Conditions cumulatives de l'exemption .....	65
Conclusion .....	67
Bibliographie .....	69
Législation .....	69
Législation européenne .....	69
Législation belge .....	70
Législation étrangère .....	70
Avis .....	70
Doctrines .....	70
Jurisprudence .....	73
Jurisprudence européenne .....	73
Jurisprudence belge .....	74

Jurisprudence étrangère .....	75
Divers.....	75
Références internet.....	75

## Introduction

Dès avant la Première Guerre mondiale jusqu'à aujourd'hui, le contrat de franchise a toujours disposé d'une importance considérable dans l'économie tant nationale ou européenne que mondiale.

Le droit de la concurrence, quant à lui, constitue depuis de belles années déjà, le cœur d'un marché unique dans lequel les entreprises sont en mesure de se concurrencer à des conditions égales sans qu'aucun obstacle ne puisse entraver son bon fonctionnement.

Dans de nombreux cas cependant, les contrats de franchise sont susceptibles de porter atteinte à ce jeu normal de la concurrence par le biais des différentes clauses qu'ils contiennent.

Dès lors, tout l'objet de notre étude consistera à se questionner sur la cohabitation entre le droit commercial de la franchise et le droit de la concurrence. De quelle manière le droit européen appréhende-t-il cette dichotomie, avons-nous affaire à une liaison dangereuse ou à une union heureuse ?

A ce titre, l'objet de notre étude, tout autant que la forme qu'elle revêt, est binaire. Ainsi, notre travail visera à confronter, d'une part, les deux disciplines à savoir le droit commercial de la franchise et le droit de la concurrence tout en procédant, d'autre part, à une division entre deux titres distincts, le premier opérant une analyse générale des deux matières tandis que le second s'évertuera à analyser, de manière spécifique, la validité des clauses contenues dans les contrats de franchise au regard du droit de la concurrence.

Dans le premier titre du présent travail, nous nous attacherons à analyser ainsi qu'à entremêler les différents principes généraux et fondamentaux issus du droit de la franchise et du droit de la concurrence. A ce titre, nous étudierons tout d'abord le contrat de franchise en nous concentrant sur les diverses définitions et les traits caractéristiques qui l'entourent ainsi que sur le régime juridique qui lui est applicable et les différentes formes qu'il est susceptible de revêtir. Concernant le droit de la concurrence, nous verrons comment, à partir du principe d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, le contrat de franchise a pu néanmoins jouir - sous réserve de

certaines conditions - d'une exemption grâce à un régime particulier. Nous constaterons les forces ainsi que les incohérences du système.

Dans le second titre du travail et à partir des outils solides acquis lors de la première partie, nous verrons dans quelle mesure le contrat de franchise est susceptible de fausser le droit de la concurrence. Pour cela, nous analyserons rigoureusement certaines clauses contenues en son sein. Ainsi, après un bref rappel méthodologique d'analyse, nous nous concentrerons sur la manière dont le droit européen appréhende le problème au travers de trois différents types de clauses ayant chacune des conséquences distinctes : les clauses présumées valides, celles qui constituent des restrictions exclues et enfin les clauses qui font naître des restrictions caractérisées.

# Titre 1 : Généralités du contrat de franchise et du droit de la concurrence

L'ambition de ce premier titre vise, de manière générale, à acquérir quelques bases fondamentales afin d'appréhender le deuxième titre, plus spécifique, de manière sereine. A ce titre, nous nous attèlerons à analyser les principes fondamentaux issus tant du droit de la franchise que du droit de la concurrence.

## Chapitre 1 : Eléments caractérisant la franchise

### Section 1 : Notions

L'histoire du contrat de franchise est fort intéressante. Celle-ci entremêle ancienneté et nouveauté, déclin et renaissance.

Selon les historiens du droit, il semblerait que les premières traces du contrat de franchise prennent leur source en Europe occidentale vers le XIIe siècle. Ainsi, le terme « *franchise* » serait issu des termes « *Franc* » ou « *francher* » qui relèvent de l'ancien français et qui signifiaient autrefois l'octroi d'un privilège, d'une autorisation, l'abandon d'une servitude.<sup>1</sup>

Au Moyen Age, il était en effet coutumier que les seigneurs consentent à octroyer des « *chartes* » ou « *lettres de franchise* » - par lesquelles ils renonçaient à une partie de leurs droits de suzerain moyennant le versement d'une somme d'argent - à des bourgs, des villes ou des corps de métiers afin de faciliter leur développement.<sup>2</sup>

L'on constate que, historiquement, la conception du contrat de franchise coïncide en fait avec ce que l'on appelle aujourd'hui une concession de droit public.<sup>3</sup> Ainsi, le Grand dictionnaire universel du XIX<sup>e</sup> siècle nous en donne la définition suivante : « *Ancienne coutume : faculté que possédaient des ouvriers qui ne pouvaient acheter une maîtrise, de travailler pour leur compte en des lieux ou des quartiers déterminés d'une ville* ». <sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> J.-C. TESTON et G. TESTON-CHAMES, *Le franchising et les concessionnaires*, Paris, J. DELMAS et Cie, 1973, p. A2.

<sup>2</sup> P. BESSIS, *Le contrat de franchisage*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 7.

<sup>3</sup> T. DE HALLER, *Le contrat de franchise en droit suisse*, Thèse dactyl., Université de Lausanne, 1978, p. 7.

<sup>4</sup> Larousse, Grand dictionnaire universel du XIXe siècle, t. VIII, sous rubrique.

Le terme actuel est donc issu de ces concessions régaliennes anciennes, octroyées sur des droits suzerains, moyennant le paiement régulier de sommes d'argent ou la fourniture de services.<sup>5</sup>

Cependant, au fil du temps, les franchises disparurent du paysage européen pour ne resurgir qu'au cours du XX<sup>e</sup> siècle dans le contexte industriel propre aux Etats-Unis de cette époque.

L'on peut ainsi déterminer l'origine du contrat de franchise actuel dès avant la Première Guerre mondiale dans le milieu du secteur automobile. En effet, il existait une loi *antitrust* qui interdisait aux constructeurs de vendre eux-mêmes directement leurs véhicules aux utilisateurs.<sup>6</sup> Ceux-ci furent donc contraints de recourir à une nouvelle forme de franchise par laquelle ils purent, avec le concours des revendeurs franchisés, assurer la promotion de leurs ventes.<sup>7</sup>

L'on peut donc parler de la redécouverte d'une technique ancienne.

Suite à la Seconde Guerre mondiale, il se développa un réel « *Franchise Boom* » et le concept de *franchise agreements* se répandit comme une trainée de poudre, certains y voyant même la plus grande révolution commerciale que l'on ait jamais connue.<sup>8</sup>

Cette effervescence s'explique par le fait que ce contrat de distribution commerciale fût alors utilisé par les entreprises afin de créer de larges réseaux de vente et dès lors d'accroître leur puissance économique ainsi que leurs profits en concédant à des partenaires – subissant par ailleurs la charge des investissements et les risques y afférents – le droit de diffuser leurs produits, d'utiliser leur marque et de jouir de leurs connaissances techniques et commerciales.<sup>9</sup>

Actuellement, la notion de franchise jouit d'une signification tout à fait commerciale et s'est généralisée de manière mondiale.

A titre d'exemple, mentionnons une étude communément acceptée du professeur L. Vaughn, directeur du Boston College Center for the study of Franchise Distribution. D'après celle-ci, le chiffre d'affaires réalisé en 1970 par les entreprises pratiquant le

---

<sup>5</sup> J. STYRER, *La franchise en France : Le concept de distribution verticale à la loupe*, Mém. dactyl., 1998, p. 6.

<sup>6</sup> J.-M. LELOUP, *Droit et pratique de la franchise, « ce qu'il faut savoir »*, Paris, J. Delmas et Cie, 1983, p. A1.

<sup>7</sup> J.-C. TESTON et G. TESTON-CHAMES., « Le franchising et les concessionnaires », *op. cit.*, p. A2.

<sup>8</sup> Le Comité belge de la distribution, *Le franchising*, 1971, p. 3.

<sup>9</sup> J.-C. TESTON et G. TESTON-CHAMES., « Le franchising et les concessionnaires », *op. cit.*, p. A2.

franchising aux Etats-Unis a atteint le montant de 120 milliards de dollars, soit 13% du produit national brut. Par ailleurs, il y avait cette année-là plus de 1200 *franchisors* ayant conclu des contrats avec approximativement 600 000 franchisés.<sup>10</sup> Ces chiffres sont phénoménaux, l'on estime que deux tiers des produits seraient acheminés vers les consommateurs par le biais des contrats de franchise.<sup>11</sup>

Selon le Département du commerce des Etats-Unis, le chiffre d'affaires des opérations faites sous franchise se rapprocherait des 132 milliards de dollars<sup>12</sup> tandis que, selon la revue économique FORTUNE, la franchise représenterait environ 26% des ventes de détail et 10% du produit national brut en 1969.<sup>13</sup>

En France, d'après une enquête réalisée par la Banque Populaire en 2007, l'on comptait plus de 1000 réseaux de franchise pour environ 43 000 franchisés.<sup>14</sup>

A l'échelle de l'Europe, avec la globalisation des marchés, l'on compte au début des années 2000 plus de 5000 franchiseurs et près de 200 000 franchisés. Le chiffre d'affaires de ce mode de distribution commerciale atteint 166 milliards d'euros pour 1.500.000 emplois.<sup>15</sup>

Enfin au plat pays, le chiffre d'affaires de la franchise dépassait les 100 milliards de francs belges en 1990.<sup>16</sup> En 2013, la Fédération belge de la franchise a publié un avis selon lequel il y aurait plus de 300 réseaux de franchise et plus de 6000 franchisés en Belgique.<sup>17</sup>

Au terme de ces lignes, nous pouvons incontestablement affirmer que le contrat de franchise – institution ancienne, éteinte puis ressuscitée – dispose aujourd'hui d'un impact considérable sur l'économie mondiale ainsi que sur le droit commercial.

---

<sup>10</sup> « Le franchising », *Comité belge de la distribution, op. cit.*, p. 3.

<sup>11</sup> I. VEROUGSTRAETE, « Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchisage » in *Les intermédiaires commerciaux*, éd. J.B., Bruxelles, 1990, n° 44, p. 180.

<sup>12</sup> Franchising in the economy 1969-1971, U.S. Department of commerce, Washington D.C., cité dans Tietz, *Konsument und Einzelhandel*, p. 1191.

<sup>13</sup> FORTUNE, décembre 1969, p. 34 : « In the franchise business anything goes », cité dans « Le contrat de franchise en droit suisse », *op. cit.*, p. 17.

<sup>14</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Paris, joly éditions, 2009, p. 6.

<sup>15</sup> *Doc. parl.*, Ch. Repr., n° 51 0265/001, 8 octobre 2003, p. 5.

<sup>16</sup> I. VEROUGSTRAETE, « Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchisage » in *Les intermédiaires commerciaux, op. cit.*, p. 180.

<sup>17</sup> Commission d'arbitrage, avis n° 2013/13 du 28 mars 2013 relatif aux clauses des contrats de partenariat commercial susceptibles de constituer un obstacle à la sortie d'un réseau de distribution et d'entraîner une augmentation des prix de vente aux consommateurs.

## § 1 : Définition

Le terme « *franchise* » ou « *franchising* » est souvent présenté, par de nombreux auteurs, comme étant un mot étrange mais néanmoins riche de promesses.<sup>18</sup>

En fait, la difficulté que l'on rencontre lorsque l'on cherche à définir le terme vient du fait que le contrat de franchise est un contrat qui, bien qu'il soit une réalité bien ancrée dans le monde économique, reste légalement innommé en droit belge.<sup>19</sup>

C'est donc vers les auteurs, les juges et le droit communautaire qu'il convient de se tourner afin de définir les contours de cette notion décidément bien étrange. Ceux-ci se sont souvent attelés à étudier de manière soignée toute la portée de la définition.

### § 1.1. Définitions doctrinales

Il convient de souligner qu'il n'existe à l'heure actuelle aucune définition doctrinale communément admise.<sup>20</sup> A notre estime, cependant, il nous semble que deux d'entre elles sortent du lot.

Tout d'abord, J.-M. Leloup définit le contrat de franchise comme étant « *un contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise, dénommée le franchiseur, confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées franchisées, le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables* ».<sup>21</sup>

Nous constatons que cette définition met l'accent d'une part sur la réitération de la réussite du franchiseur – ce qui distingue la franchise des autres contrats de distribution – et d'autre part sur l'existence et le transfert de ce qui a contribué à cette réussite à

---

<sup>18</sup> « Le franchising », *Comité belge de la distribution, op. cit.*, p.9.

<sup>19</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », Bruxelles, Arthémis, 2011, p. 357.

<sup>20</sup> C. MATRAY, *Le contrat de franchise*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 15.

<sup>21</sup> J.-M. LELOUP, *La franchise, Droit et pratique*, Paris, Dalloz, Encyclopédie Delmas, 3<sup>e</sup> éd., 2000, p. 11.

savoir un signe distinctif notoire, un savoir-faire particulier ainsi qu'une assistance continue par le franchiseur au profit du franchisé.<sup>22</sup>

Il convient, ensuite, de mentionner la définition que l'on retrouve dans l'étude de Christine Matray qui a incontestablement influencé la jurisprudence, comme nous le verrons.<sup>23</sup>

Selon celle-ci, nous pouvons définir le contrat de franchise de manière générale comme étant « *un contrat synallagmatique innommé, conclu à titre onéreux, entre deux entreprises qui se choisissent, qui a pour objet soit la distribution de produits ou de services, soit la fabrication de produits, selon un savoir-faire mis au point par le franchiseur et qui entraîne au moins les obligations suivantes : celle pour le franchiseur de transmettre son savoir-faire au franchisé et de l'assister tout au long du contrat, celle pour le franchisé d'utiliser le nom, l'enseigne et le savoir-faire du franchiseur sous le contrôle de celui-ci, et celle pour les deux parties de collaborer loyalement à leur réussite commerciale réciproque* ». <sup>24</sup>

Suite à cette définition, l'on peut conclure que le contrat de franchise est un contrat consensuel, soumis aux règles ordinaires de preuve. Celui-ci est conclu à titre onéreux, il s'inscrit dans la durée et est donc un contrat de coopération à exécution successive. L'on constate donc que le contrat de franchise, conçu comme un contrat d'intermédiaire, présente une série d'éléments essentiels et de traits caractéristiques que les auteurs ont tenté de synthétiser et que nous analyserons plus profondément dans le § 2 du présent chapitre.<sup>25</sup>

Ces deux définitions ont l'avantage de nous fournir un aperçu complet, bien que général, du contrat de franchise tel qu'il est abordé par la doctrine.

## § 1.2. Définitions jurisprudentielles

Il existe de nombreuses définitions qui nous sont offertes par la jurisprudence qui est d'ailleurs, en la matière, foisonnante. Bien souvent, les juges procèdent en fait à une

---

<sup>22</sup> P. DEMOLIN, « Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000 », Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2001, p. 15.

<sup>23</sup> Voir le jugement du tribunal de Charleroi du 4 mai 2004 mentionné au § 1.2. de la présente étude, p. 9.

<sup>24</sup> C. MATRAY, *Le contrat de franchise*, op. cit., p. 17.

<sup>25</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., p. 11.

analyse approfondie des droits et des obligations de chaque partie afin de conclure à l'existence d'un contrat de franchise ou non.<sup>26</sup>

C'est à partir de ces nombreux éléments que les praticiens ont ainsi pu déterminer différents traits caractéristiques inhérents au contrat de franchise. Si l'un de ces éléments caractéristiques n'est pas rencontré par le juge, le contrat ne sera pas nécessairement nul. Il pourra être requalifié. Toutes les définitions suivantes s'inscrivent dans cette perspective.

Afin de bien cerner les différentes définitions qui nous sont apportées par la jurisprudence, il convient de partir du raisonnement selon lequel, lorsqu'un écrit existe et qu'il qualifie de contrat de franchise la relation entre deux parties, alors cet écrit lie ces dernières.<sup>27</sup> Ce principe s'impose à la lecture de l'article 1134 du Code civil selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

Depuis de nombreuses années, cependant, l'article 1156 dudit Code est fermement interprété par la Cour de cassation comme indiquant qu'il convient de rechercher en priorité la commune intention des parties plutôt que le sens littéral des termes. Dès lors, la volonté réelle des parties doit toujours primer sur la volonté telle qu'elle émane des termes du contrat.<sup>28</sup>

Ce raisonnement de principe a été confirmé et même précisé dans divers arrêts de la Cour depuis 2002 qui disposent que le juge ne doit requalifier le contrat de franchise que, et seulement, si les éléments qui lui sont soumis sont entièrement incompatibles avec la qualification du contrat. Alors, dans ce cas, le juge pourra y substituer une qualification différente.<sup>29</sup>

L'on note donc bien l'importance de la prééminence de la volonté des parties et de la qualification qu'elles ont entendu donner à leur relation contractuelle.<sup>30</sup> Il conviendra donc de toujours définir de la manière la plus précise possible le contrat afin d'éviter toute éventuelle requalification juridique postérieure.

---

<sup>26</sup> P. DEMOLIN, « Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000 », *op. cit.*, p. 16.

<sup>27</sup> P. DEMOLIN et V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise, Dossier du J.T.*, n° 80, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 17.

<sup>28</sup> Cass., 11 sept. 1978, *R.D.S.*, 1979, p. 53.

<sup>29</sup> Voir Cass., 22 déc. 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 271 et Cass., 28 avril 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 261.

<sup>30</sup> P. DEMOLIN et V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise, op. cit.*, p. 18.

Quant aux nombreuses définitions jurisprudentielles qui - comme nous l'avons vu - procèdent généralement à une analyse approfondie des droits et des obligations de chacune des parties, nous vous proposons d'en découvrir quelques-unes des principales, d'abord françaises puis belges.

En 1989, la Cour d'appel de Paris a consacré l'idée selon laquelle le contrat de franchise suppose un réseau de points de vente dans lequel se trouvent des personnes indépendantes et entre lesquelles il existe une réelle concertation ainsi que diverses formes de collaboration, celle-ci se traduisant de deux manières. Premièrement entre les franchisés eux-mêmes qui doivent confronter leurs expériences et deuxièmement entre les franchisés et le franchiseur, ce dernier devant porter assistance aux franchisés sous la forme de conseils techniques, de formation et par la promotion de la marque et des produits.<sup>31</sup>

L'on constate que cette définition met l'accent sur un système relativement vaste dans lequel l'on retrouverait plusieurs contrats de franchise qui se caractériseraient eux-mêmes par une obligation étroite de collaboration entre les parties, collaboration qui se traduit de diverses manières.

Déjà en 1978, la Cour d'appel de Paris définissait le contrat de franchise comme étant *« une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première, propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connus, de sigles, symboles, marques de fabrique, de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir-faire particulier, met à la disposition de l'autre le droit d'utiliser, moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques, pour exploiter obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, mises au point et périodiquement recyclées, d'une manière exclusive, afin de réaliser un meilleur impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité des entreprises commerciales concernées »*.<sup>32</sup>

Tous les éléments mentionnés dans cette définition demeurent continuellement réitérés et précisés tant par la doctrine que par la jurisprudence. L'on retrouve donc d'abord l'idée d'une collaboration étroite entre les parties et ensuite, sur un plan plus technique, la mise à disposition de symboles par le franchiseur, le transfert d'un savoir-faire et

---

<sup>31</sup> *Gaz. Pal.*, 1989 (2<sup>e</sup> sem.), p. 546.

<sup>32</sup> C.A. Paris, 28 avr. 1978, *Juris-Data* n° 763557, *Cah. Dr. Entr. Distribution* 1980 n°5, p. 5, note J.-M. LELOUP.

enfin la fourniture d'une assistance technique et commerciale.<sup>33</sup> Ce sont ces éléments qui permettent de distinguer le contrat de franchise des autres contrats voisins de distribution commerciale.

En Belgique, les juges aussi se sont efforcés de définir de la manière la plus précise possible les contours du contrat de franchise.

Le 22 novembre 1995, le tribunal de commerce de Charleroi a souligné le caractère essentiel et nécessaire de la collaboration entre le franchiseur et les franchisés. En effet, il a été jugé qu'un contrat dans lequel l'on ne retrouve pas une collaboration extrêmement serrée entre les parties ne doit pas être qualifié de contrat de franchise mais plutôt de contrat d'approvisionnement exclusif avec autorisation d'utiliser l'enseigne du fournisseur.<sup>34</sup>

La Cour d'appel de Liège rappelle en 2009, à cet égard, que le contrat de franchise est un contrat autonome dont l'objet principal est la fourniture d'un savoir-faire et qui implique par conséquent obligatoirement une collaboration très étroite entre les différentes parties.<sup>35</sup> C'est cette caractéristique qui distingue notre contrat du contrat de concession de vente.<sup>36</sup>

En 2002, le tribunal de commerce d'Anvers fût saisi d'une affaire dans laquelle il lui était posée la question de savoir si un contrat de franchise pouvait être conclu oralement lorsque l'intention commune des parties est avérée et qu'il existe un projet de contrat.<sup>37</sup> Le tribunal répondit qu'il est toujours possible qu'un contrat de franchise soit conclu oralement dans le cas où trois éléments essentiels sont réunis à savoir l'usage du nom, le transfert d'un savoir-faire et l'assistance commerciale et technique.<sup>38</sup>

Nous pouvons encore citer un jugement du tribunal du travail de Charleroi<sup>39</sup> ainsi qu'un arrêt de la Cour du travail de Mons<sup>40</sup> relatifs à la requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail. Ceux-ci reprennent l'excellente définition du contrat de franchise qui nous est donnée par Ch. Matray et qui met l'accent, comme nous l'avons déjà vu, sur l'existence de différents points de vente, sur le transfert d'un nom ainsi que

---

<sup>33</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., pp. 12-13.

<sup>34</sup> Comm. Charleroi, 22 nov. 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1668. Voir n° 24, 36 et 69.

<sup>35</sup> Liège, 9 janv. 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 516. Voir n° 75.

<sup>36</sup> M. WAGEMANS, *Concession exclusive de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 113, p. 925.

<sup>37</sup> Comm. Anvers, 1<sup>er</sup> mars 2002, AR/01/01535, inédit.

<sup>38</sup> P. DEMOLIN et V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise*, op. cit., p. 17.

<sup>39</sup> Trib. Trav. Charleroi, 14 mai 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 377.

<sup>40</sup> C. Trav. Mons, 22 janv. 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 247. Voir n° 45 et 48.

d'un savoir-faire mis au point par le franchiseur et sur une collaboration réciproque entre les parties.

Nous constatons que les différentes définitions abordent, toutes, le contrat de franchise à partir de son objet. C'est en effet en analysant les droits et les obligations des différentes parties, c'est-à-dire les traits caractéristiques du contrat, que l'on pourra apprendre si l'on a affaire à un contrat de franchise ou non.

### § 1. 3. Définitions communautaires

Lorsque dans un jugement de 1995,<sup>41</sup> le tribunal de commerce de Liège s'est évertué à définir le contrat de franchise, celui-ci a judicieusement fait référence au droit européen.

En effet suivant son raisonnement, il n'existe en Belgique aucune législation spécifique qui définit le contrat de franchise. Il convenait dès lors - et la primauté du droit européen l'exige - de rechercher la définition dans l'ancien règlement (CEE) n° 4807/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords de franchise.

Dans son article premier, 3, a et b, ledit règlement définit effectivement les termes « franchise » et « accord de franchise ».

Tandis que la notion de « franchise » fait plutôt référence à l'exploitation de droits intellectuels et ne concerne pas le contrat à proprement parler, le terme « accord de franchise » nous offre, quant à lui, une approche claire de la problématique.

D'après le règlement, un accord de franchise *est « un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés ; il doit comprendre au moins les obligations suivantes : - l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat, - la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire et - la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord ».*<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Comm. Liège, 15 sept. 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1658.

<sup>42</sup> Règlement (CEE) n° 4807/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords de franchise, art. 1, 3, b.

C'est à partir de cette définition européenne de l'accord de franchise que le tribunal a tranché l'affaire qui lui était soumise en décidant que la loi sur la résiliation des contrats de concession exclusive de vente à durée indéterminée devait s'appliquer au contrat de franchise.<sup>43</sup>

Cette définition apparaît comme une formidable synthèse de tout ce qui avait été dit antérieurement, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence.<sup>44</sup>

Il convient, néanmoins, d'ajouter trois éléments à la définition afin de pouvoir couvrir tous les accords de franchise qui existent. Ainsi le contrat de franchise se conclut entre deux partenaires indépendants, celui-ci s'inscrit dans la durée et il suppose une collaboration réciproque.<sup>45</sup>

Il peut, en outre, porter sur le droit de fabriquer les produits du franchiseur.

En rajoutant ces divers éléments, l'on arrive finalement à l'excellente définition de Christine Matray.

## § 2 : Les traits caractéristiques

Le contrat de franchise est un accord de réitération à savoir qu'il porte sur le transfert d'une marque et d'un savoir-faire économique déjà éprouvé.<sup>46</sup> L'on va, en fait, reproduire une réussite commerciale déjà assurée par le franchiseur.

Il convient donc de souligner l'importance fondamentale de l'existence d'un concept, préalablement élaboré par le franchiseur, et qui se traduit par une méthode commerciale mise en œuvre par le truchement d'un véritable réseau d'indépendants ayant reçu l'autorisation de l'exploiter en échange d'une contribution financière.<sup>47</sup>

L'on constate généralement trois traits caractéristiques au contrat de franchise. Ceux-ci sont nés, comme nous l'avons étudié, des diverses définitions qui se sont rigoureusement attelées à définir les droits et obligations de chacune des parties.

Premièrement, le contrat de franchise nécessite la transmission d'un savoir-faire mis au point par le franchiseur. Ce savoir-faire, véritable objet du contrat, consiste en une

---

<sup>43</sup> P. DEMOLIN, « Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000 », *op. cit.*, p. 17.

<sup>44</sup> C. MATRAY, *Le contrat de franchise*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>45</sup> *Ibidem.*, p. 17.

<sup>46</sup> D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Paris, Litec, 2006, p. 301, n° 672.

<sup>47</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 357.

formule de production et/ou de commercialisation dont le franchiseur a déjà pu vérifier le succès et dont il assurera le maintien et l'uniformité grâce à une organisation prenant la forme d'un réseau.<sup>48</sup>

Comme le relève le tribunal de commerce de Tournai en 1991,<sup>49</sup> il ressort de l'obligation du franchiseur de transmettre son savoir-faire aux différents franchisés. Partant, la caractéristique essentielle du contrat, dont il n'existe par ailleurs pas de définition en droit belge, tient à son objet à savoir procurer au franchisé une méthode originale d'exploitation de son entreprise, grâce au savoir-faire du franchiseur.

Selon P. Crahay, le savoir-faire consiste en un ensemble de connaissances pratiques transmissibles et non immédiatement accessibles au public.<sup>50</sup> L'ensemble de ces connaissances sont de nature commerciale ou industrielle<sup>51</sup> et sont nécessaires afin d'exploiter une entreprise selon un modèle déterminé.<sup>52</sup>

Par ailleurs, le Code de déontologie européen de la franchise ainsi que l'article 1, g, du règlement n° 330/2010 disposent que l'information transmise par le franchiseur au franchisé doit répondre à trois conditions.

Ainsi l'information doit d'abord être secrète, c'est-à-dire qu'elle ne doit généralement pas être connue du grand public ni aisément accessible par lui. Ensuite, le savoir-faire doit être substantiel à savoir qu'il doit inclure une information indispensable pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finaux. Ce dernier doit offrir au franchisé une position concurrentielle favorable et permettre à celui-ci de se distinguer des autres franchises.<sup>53</sup> Enfin, il convient que le savoir-faire soit identifié dans le sens où il doit être décrit de manière suffisamment précise dans le contrat de franchise.

L'on retrouve l'importance de ces trois conditions dans une décision de la cour d'appel de Bruxelles du 23 janvier 2004.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> Proposition de loi réglementant la franchise en vue d'améliorer les pratiques commerciales dans ce secteur, 17 mars 2004, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2003-2004, n° 51 0924/001, p. 4.

<sup>49</sup> Comm. Tournai, 9 janv. 1991, *R.D.C.*, 1993, p. 960.

<sup>50</sup> P. CRAHAY, « Le contrat de franchise de distribution et la loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente », *R.D.C.*, 1985 p. 665, n°7, cité dans Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 358.

<sup>51</sup> F. DESSEMONTET, *Le savoir-faire industriel – Définition et protection du « know how » en droit américain*, Thèse dactyl., Université de Lausanne, 1973, p. 313.

<sup>52</sup> T. DEHALLER, *Le contrat de franchise en droit suisse*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>53</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 358.

<sup>54</sup> Bruxelles, 23 janv. 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 942. Voir n° 191.

En l'espèce, après l'expiration du contrat, le franchisé avait continué à exploiter le fonds selon le même concept que celui du franchiseur tout en ayant néanmoins modifié la dénomination de l'établissement ainsi que tout le mobilier, la vaisselle, la décoration, les recettes etc. Selon le franchiseur, il s'agissait d'une véritable violation des usages honnêtes en matière commerciale.

Contre toute attente, la Cour considère que l'ancien franchiseur réclame en fait la protection générale de son concept, de l'image du réseau qu'il a créé et qu'il n'identifie pas un savoir-faire identifié, secret ou substantiel avec des éléments essentiels, concrets et vérifiables qui serait violé par l'ancien franchisé. Il ne fait que demander la protection d'un concept large, les éléments inhérents au savoir-faire ayant été modifiés. Dès lors, le public ne risquant pas d'être induit en erreur, le franchiseur fût finalement débouté de son action.

Il n'existe donc pas, dans le chef du franchiseur, de droit à la protection générale du concept qu'il a développé.

Deuxièmement, le contrat de franchise requiert la présence de signes de ralliement de la clientèle. En effet, selon une opinion de la Fédération française du franchising, le contrat de franchise repose avant tout sur la valeur commerciale d'un signe de ralliement de la clientèle. Par signe de ralliement, il convient de comprendre une raison sociale, un nom commercial, des sigles, symboles d'une marque de fabrique, de commerce ou de services.<sup>55</sup>

L'enseigne est le terme générique pour désigner le symbole de la marque ainsi que le signe de ralliement de la clientèle. Elle peut revêtir plusieurs formes telles qu'un sigle, un logo ou un dessin.<sup>56</sup> Le franchiseur devra toujours veiller à protéger ce signe distinctif et à en assurer sa validité. Il devra, par ailleurs, garantir contractuellement au franchisé un droit d'usage sur l'utilisation de ces signes de ralliement.

Enfin, assez logiquement, il sera généralement prévu dans le contrat que l'utilisation de ces signes de ralliement par le franchisé prendra fin dès l'expiration de la relation entre les parties.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Fédération française du franchising : *La franchise*. Paris, p. 3.

<sup>56</sup> F. VIDTS, « Le contrat de franchise et les droits intellectuels », in *Le contrat de franchise, actes du séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 84.

<sup>57</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 359.

Le troisième et dernier trait caractéristique du contrat de franchise relève de sa nature même à savoir que celui-ci peut revêtir la forme d'une franchise de distribution, de production ou de services.

Ces trois différents types d'accords de franchise seront plus précisément analysés dans le prochain chapitre. Pour l'heure, précisons néanmoins que la franchise de production se caractérise par la vente active de produits, fabriqués ou sélectionnés au nom du franchiseur – il y aura donc le transfert d'un savoir-faire - et qui portent son nom ou sa marque commerciale.<sup>58</sup> La franchise de distribution, quant à elle, est une formule par laquelle le franchiseur assure la distribution de ses produits par l'intermédiaire des membres de son réseau de franchise. A cet égard, le franchiseur joue le rôle de fabricant des produits distribués ou de centrale d'achat.<sup>59</sup> Enfin, l'on distingue la franchise de services qui suppose que le franchiseur octroie une méthode de prestation de services à la disposition du franchisé, qui offrira à son tour ses services aux consommateurs.<sup>60</sup>

### *§ 3 : Le régime juridique applicable*

Ce n'est seulement que depuis 1995 que le contrat de franchise a véritablement pris son essor en droit belge.<sup>61</sup>

Rappelons qu'au départ, la franchise s'est remarquablement bien développée en dehors de toute réglementation spécifique d'où, par ailleurs, l'importance capitale des décisions jurisprudentielles et du travail intellectuel des juges ainsi que des auteurs.

Relativement vite, cependant, sont apparus des abus de la part de commerçants peu scrupuleux. Ceux-ci, alors qu'ils ne détenaient aucun savoir-faire commercial particulier, obtenaient- en se faisant passer pour de réels franchiseurs – le paiement d'un droit d'entrée de la part des franchisés sans leur faire bénéficier d'aucune expérience.<sup>62</sup>

C'est ainsi qu'a été franchi aux Etats-Unis un premier pas vers l'élaboration d'une réglementation autour du contrat de franchise, la nécessité d'éviter les abus se faisant pressante. Cette avancée sera à l'origine de l'esprit de toutes les réglementations ultérieures.

---

<sup>58</sup> F. VAN DEN ABEELE, *Franchising*, Waterloo, Kluwer, 1989, p. 35, n°1.

<sup>59</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise, op. cit.*, p. 12.

<sup>60</sup> O. VAES, *Franchising – Guide pratique pour juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 30.

<sup>61</sup> P. DEMOLIN et V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise, op. cit.*, p. 9.

<sup>62</sup> C. MATRAY, *Le contrat de franchise, op. cit.*, p. 30.

Le *Full Disclosure Act*<sup>63</sup> du 21 octobre 1979 part du raisonnement selon lequel le franchisé doit être considéré comme un épargnant à protéger et que des informations doivent, à cet égard, lui être transmises de la même manière que lorsqu'un prospectus est délivré en matière d'appel public à l'épargne.<sup>64</sup>

Cette loi se veut donc préventive, le franchisé devant être informé complètement avant que le contrat de franchise ne soit conclu et cela afin de protéger son épargne.<sup>65</sup> Elle tend à éviter que ce dernier ne subisse les conséquences financières d'une collaboration décevante avec un partenaire peu fiable ou inexpérimenté.<sup>66</sup>

Dès lors, la loi américaine impose au franchiseur, avant toute signature du contrat, la transmission à son partenaire d'une documentation complète sur lui-même et sur les aspects financiers de l'opération. Cette transmission se traduit par la communication d'un dossier d'information et d'un dossier financier qui prennent la forme d'un prospectus dans lequel l'on retrouvera des renseignements détaillés relatifs à l'entreprise du franchiseur, ses antécédents, sa structure financière, l'identité et l'itinéraire professionnel de ses dirigeants, les contrats en cours etc.<sup>67</sup>

A partir de cette loi se sont développées, comme nous l'avons déjà souligné, toute une série de réglementations. L'on peut en effet proclamer, aujourd'hui, que le contrat de franchise jouit d'un véritable régime juridique même si celui-ci ne peut être qualifié de spécifique et exclusif à la matière.

### § 3. 1. Le droit européen

Le législateur européen n'appréhende le contrat de franchise que sous l'angle du droit de la concurrence. Ce sont donc, tout d'abord, les principes de base du droit de la concurrence européenne qui forment le socle juridique sur lequel repose la franchise.<sup>68</sup>

A cet égard, le contrat de franchise est particulièrement soumis à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.) qui traite de l'interdiction des

---

<sup>63</sup> L'intitulé exact de la loi est « *Disclosure requirements and prohibitions concerning franchising and business opportunities ventures* ».

<sup>64</sup> M. MICHMACHER, « Ouverture de la journée d'étude de la « loi Doubin » du 29 mars 1990 », *Sem. jur.*, Edit. E., 1990, suppl. 4, p.2.

<sup>65</sup> D. MATRAY, « Le contrat de franchise, introduction générale », in *Le contrat de franchise, actes du séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 11.

<sup>66</sup> O. GAST, « Aperçu général de la loi américaine sur le franchising », *R.T.D. com.*, 1982, p. 225.

<sup>67</sup> C. MATRAY, *Le contrat de franchise, op. cit.*, p. 30.

<sup>68</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise, op. cit.*, p. 25.

ententes entre les entreprises qui sont non conformes au droit communautaire de la concurrence.

Fondamentalement, il est incontestable que le contrat de franchise est susceptible de restreindre le droit des parties ou des tiers par le biais de nombreuses clauses dans lesquelles l'on compte, par exemple, des clauses d'exclusivité territoriale ou d'approvisionnement exclusif.

Il est dès lors, en soi, susceptible d'affecter le droit de la concurrence.<sup>69</sup> Ce constat pose de nombreuses et épineuses questions, qui font l'objet de notre travail.

Partant du raisonnement, dans son premier paragraphe, selon lequel les ententes restrictives de concurrence doivent être prohibées, le second paragraphe de l'article 101 du T.F.U.E. sanctionne de nullité de plein droit les violations de cette interdiction.

Toutefois, les instances européennes de la concurrence ont rapidement pris conscience que le contrat de franchise était un moyen efficace pour le développement des petites et moyennes entreprises en ce qu'il favorise les échanges entre pays et qu'il implique un transfert de savoir-faire qui représente une opportunité décisive pour beaucoup d'opérateurs.<sup>70</sup> Par conséquent, en son troisième paragraphe, l'article reconnaît la possibilité pour les contrats de franchise de bénéficier d'une exemption.

Suite à ce principe, de nombreux règlements d'exemption par catégories – qui ont par ailleurs souvent été influencés par de grands arrêts de la Cour de justice - ont été adoptés. Ceux-ci définissent diverses conditions auxquelles les contrats de franchises doivent être soumis. L'on part en effet du principe selon lequel la franchise peut, si elle respecte certaines conditions, stimuler la concurrence et l'activité économique dans son ensemble.<sup>71</sup>

L'étude de la comptabilité des clauses de non-concurrence contenues dans le contrat de franchise par rapport au droit de la concurrence faisant l'objet de notre travail, nous procéderons dans les prochains chapitres à une analyse approfondie de cette problématique.

---

<sup>69</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 362.

<sup>70</sup> R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence, t. I*, Paris, Publisud, 2002, p. 227.

<sup>71</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise, op. cit.*, p. 29.

### § 3. 2. Le droit belge

Depuis 2001, nombreux furent les projets et les propositions de lois qui se sont succédés concernant le contrat de franchise et allant dans le sens d'une réglementation spécifique. A titre d'exemple, l'on peut mentionner la proposition de loi portant réglementation de l'accord de franchise du 30 octobre 2003<sup>72</sup> ou bien encore la proposition de loi réglementant la franchise en vue d'améliorer les pratiques commerciales dans ce secteur du 17 mars 2004.<sup>73</sup>

Ces tentatives ne furent néanmoins pas concluantes et c'est donc finalement le Gouvernement qui prit l'initiative en déposant un projet de loi qui donna naissance à la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans les accords de partenariat commercial,<sup>74</sup> première brique législative belge à l'édifice encore fort peu avancé des accords de franchise.

Comme son nom l'indique, cette loi jouit d'un champ d'application assez large qui englobe de manière générale tous les types de partenariats commerciaux.<sup>75</sup>

Il convient de rechercher dans le court exposé des motifs de la loi de 2005 les raisons de ce choix opéré par législateur. Tout d'abord, celui-ci justifie le choix d'un large champ d'application par la volonté d'éviter la création de potentielles discriminations entre les différentes formules de partenariats commerciaux. Ensuite, le législateur nourrissait la crainte qu'une définition trop spécifique ait pour conséquence de ne pas inclure de nouvelles formules pouvant éventuellement se développer à l'avenir.<sup>76</sup>

La loi du 19 décembre 2005, bien qu'elle soit impérative et qu'elle consacre une obligation au titulaire du droit de communiquer une série d'information au moins un mois avant la conclusion du contrat sous peine de nullité de ce dernier,<sup>77</sup> n'apporte

---

<sup>72</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51 0361/001 du 30 octobre 2003.

<sup>73</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51 0924/001 du 17 mars 2004.

<sup>74</sup> Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans les accords de partenariat commercial, *M.B.*, du 18 janvier 2006.

<sup>75</sup> Art. 2., Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans les accords de partenariat commercial, *M.B.*, du 18 janvier 2006.

<sup>76</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 51 1687/001, p. 5.

<sup>77</sup> Art. 3, 5, 8., Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans les accords de partenariat commercial, *M.B.* du 18 janvier 2006.

cependant pas de réponse à l'ensemble des difficultés posées par le recours à la franchise.<sup>78</sup>

En outre, soulignons que toutes les dispositions de notre loi ont été reprises dans le livre X du Code de droit économique.<sup>79</sup>

C'est finalement le droit commun des obligations contractuelles qui trouvera le plus à s'appliquer en matière de contrats de franchise. Celui-ci, par le biais des articles 1101 à 1314, régit en effet la relation entre les différentes parties relative à tous les aspects du contrat qui n'auraient pas été réglés par elles ou pour lesquels le titre 3 du Code de droit économique ne trouve pas à s'appliquer.<sup>80</sup>

### § 3.3. Les codes de déontologie et le Soft Law

Etant donné l'absence de cadre légal réglementant la franchise ainsi que les divers abus régulièrement observés, le secteur des accords de franchise n'a eu finalement d'autre choix que de s'autoréguler afin de préserver son intégrité et de renforcer son image.<sup>81</sup>

C'est ainsi que sont progressivement nées, tant au niveau international (*World Franchise Council* ou W.F.C.) et européen (Fédération européenne de la franchise ou F.E.F.) qu'au niveau national (Fédération belge de la franchise ou F.B.F.), des fédérations de franchise qui se sont attelées à élaborer divers codes de déontologie dont l'objectif principal était de fixer des normes de comportement à respecter tant durant l'élaboration que pendant l'exécution du contrat.<sup>82</sup>

Ceux-ci, sous l'égide des principes de bonne foi et de loyauté commerciale, imposent donc un devoir d'information précontractuel dans le chef du franchiseur ainsi que différentes obligations au cours de l'exécution du contrat.

La Fédération européenne de la franchise est une organisation professionnelle internationale qui regroupe différentes fédérations nationales de franchise et dont le principal objectif est de promouvoir la franchise en encourageant son développement

---

<sup>78</sup> O. VAES, *Franchising – Guide pratique pour juristes*, op. cit., p. 53.

<sup>79</sup> Loi du 2 avril 2014 portant insertion du livre X, « Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre I<sup>er</sup> du Code de droit économique, M.B., du 28 avril 2014.

<sup>80</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », op. cit., p. 361.

<sup>81</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, op. cit., p. 47.

<sup>82</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », op. cit., p. 362.

via la promotion du code de déontologie européen dans lequel l'on trouve, depuis 2003, de nombreux principes éthiques.<sup>83</sup>

A cet égard, le Code de déontologie européen de la franchise, élaboré en 1972 et dont les dernières modifications datent de décembre 2003, n'a pas pour mission de se substituer aux règles juridiques nationales et internationales. En effet, ce dernier contient divers principes généraux dont l'objectif est de former un ensemble pratique de dispositions essentielles de conduite loyale pour tous ceux qui pratiquent la franchise en Europe.<sup>84</sup>

Concernant les principes généraux contenus au sein du Code, nous pouvons mentionner, par exemple, l'obligation pour le franchiseur de mettre au point un concept de franchise qu'il a appliqué avec succès – durant un délai raisonnable - au moins dans un point de vente à l'essai.<sup>85</sup> Cette exigence constitue une condition *sine qua non* sans laquelle il ne sera pas possible de constituer un réseau de franchise et de l'ouvrir aux différents franchisés.

Par ailleurs, le Code souligne l'importance de la notion de « savoir-faire » ainsi que le principe de non-concurrence pendant et après le contrat en indiquant des dispositions essentielles minimales qui doivent être prévues par les parties et contenues dans le contrat de franchise.

Il va de soi que si le contrat de franchise reprend en son sein les dispositions du Code, alors celles-ci tiendront lieu de loi entre les parties, conformément à l'article 1134 du Code civil.<sup>86</sup>

Toutefois, si ces dispositions ne sont pas reprises au sein du contrat, elles ne pourront naturellement jouir d'aucune force contraignante. Dès lors, les auteurs stipulent que le Code de déontologie doit être utilisé, dans ce cas, comme une source d'inspiration dans le travail des juges. En effet, ceux-ci s'inspireront du Code afin de vérifier si le comportement des parties est loyal et que celles-ci sont de bonne foi.<sup>87</sup>

La jurisprudence semble s'aligner à cette vision des choses, considérant ainsi le Code de déontologie comme un outil de travail, source d'inspiration, offert au juge et lui facilitant l'examen du cas qui lui est soumis.

---

<sup>83</sup> En ligne sur : <http://www.eff-franchise.com>

<sup>84</sup> O. VAES, *Franchising – Guide pratique pour juristes*, op. cit., p. 72.

<sup>85</sup> Art. 2.2., Code de déontologie européen de la franchise, *J.C.P. E.*, 1990, n° 20656, p. 396.

<sup>86</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, op. cit., p. 51.

<sup>87</sup> P. DEMOLIN., *Le Contrat de Franchise*, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 112.

Ainsi, le tribunal de Commerce de Bruxelles renvoie expressément au Code en proclamant que « *les relations entre le franchisé et le franchiseur doivent se placer dans l'esprit du Code Européen de déontologie* »<sup>88</sup> tandis qu'il stipulait déjà, quelques années auparavant, qu'« *attendu qu'il n'existe pas de législation spécifique en Belgique... Qu'il est de l'intérêt de la Commission Européenne et de la Fédération Européenne de déontologie d'élaborer un Code de déontologie du franchisage... Que ce code reflète les usages commerciaux du secteur, source particulièrement importante de droit en matière commerciale, qui constitue donc un paraître* ».<sup>89</sup>

L'on peut alors supposer que les dispositions du Code de déontologie qui ne seraient pas reprises dans le contrat de franchise constitueraient des usages commerciaux du secteur.

Selon la Cour de cassation, une clause est « usuelle » lorsqu'elle est généralement reconnue comme étant applicable dans une région déterminée ou dans un milieu professionnel déterminé.<sup>90</sup> Par ailleurs, pour pouvoir être considéré comme une source de droit, un usage professionnel doit être « constant et général », c'est-à-dire reconnu par tous dans une matière déterminée.<sup>91</sup>

Or, si l'on suit ces définitions, les nombreux franchiseurs qui ont expressément décidé de ne pas adhérer aux fédérations de franchise, ne sont alors pas tenus de suivre les dispositions du Code de déontologie. Ceux-ci peuvent ainsi objecter qu'ils n'ont pas voulu se soumettre à de telles normes.<sup>92</sup>

Il paraît alors légitime de se demander s'il ne convient dès lors pas d'établir une distinction entre les franchiseurs membres des Fédérations et ceux qui ne le sont pas.<sup>93</sup> La question reste ouverte. Quoi qu'il en soit, cependant, le Code européen de déontologie reste sans conteste une source d'inspiration morale bien nécessaire.

## Section 2 : Les différents types d'accords de franchise

La franchise jouissant d'une grande flexibilité, celle-ci connaît plusieurs formes qui varient tant dans leur objet que dans leur structure organisationnelle. Dans la présente

---

<sup>88</sup> Tribunal de Commerce de Bruxelles, le 3 juillet 1988, *R.D.C.*, 1999, p. 291.

<sup>89</sup> Tribunal de Commerce de Bruxelles, le 10 juillet 1987, *Distributierecht*, 1987, p. 325, note C. MATRAY.

<sup>90</sup> Cass., 9 décembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 366.

<sup>91</sup> Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 217.

<sup>92</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise, op. cit.*, p. 47.

<sup>93</sup> *Idem.*

section, nous nous concentrerons sur la manière dont l'objet du contrat de franchise impacte la forme qu'elle revêt.

Précisons brièvement, néanmoins, qu'une classification de la franchise peut être opérée à partir de sa structure organisationnelle. Ainsi, cette dernière peut d'abord prendre la forme de « *franchisage pur* » à savoir que le réseau est fondé dans son intégralité sur des contrats de franchise et que le franchiseur ne possède, à cet égard, aucune succursale.<sup>94</sup> A l'inverse, la franchise peut prendre la forme d'un « *franchisage mixte* » qui repose à la fois sur des contrats de franchise et des succursales, voire d'autres contrats de distribution. L'intérêt pour l'une ou de l'autre forme, question qui ne sera pas abordée dans le cadre de notre travail, a été étudiée par de nombreux auteurs.<sup>95</sup>

Le plus souvent, cependant, c'est en fonction de leur objet que les auteurs différencient les types d'accords de franchise. A cet égard, l'arrêt *Pronuptia*<sup>96</sup> stipulant déjà en 1986 que « *les contrats de franchise... sont d'une grande diversité* », en avait consacré trois formes. Celles-ci seront d'ailleurs reprises dans le règlement du 30 novembre 1988.<sup>97</sup>

Premièrement, l'on distingue la franchise de services qui est définie de manière pléonastique dans le règlement du 30 novembre 1988 comme étant une franchise qui « *concerne des prestations de services* ».

Face à la pauvreté de cette définition, la Cour de Justice s'est montrée un petit peu plus concise en définissant les contrats de franchise de services comme étant « *ceux en vertu desquels le franchisé offre un service sous l'enseigne et le nom commercial, voire la marque, du franchiseur et en se conformant aux directives de ce dernier* ».<sup>98</sup> Dans ce cas, le franchiseur offre ainsi une méthode de prestation de service à la disposition du franchisé, qui offrira à son tour ses services aux consommateurs.<sup>99</sup>

La Commission, dans une décision relative au réseau *Service Master* du 3 décembre 1988, a relevé que, bien que la franchise de services comporte des similitudes avec la

---

<sup>94</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., p. 52.

<sup>95</sup> Voir à cet égard Th. PÉNARD, E. RAYNAUD et S. SAUSSIER, « Théories des contrats et réseaux de franchise : analyse et enseignement », Paris, *Revue française d'économie*, 18, pp. 151-192, n°4.

<sup>96</sup> C.J.C.E., 28 janv. 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Aff. 161/84, *Rec. C.J.C.E.* 1986, p. 353.

<sup>97</sup> Règlement CEE n° 4087/88 du 30 nov. 1988 concernant l'application de l'article 85-3 du traité à des catégories d'accords de franchise, *J.O.C.E. législation* n° L. 359, p. 46-52 du 28 déc. 1988.

<sup>98</sup> C.J.C.E., 28 janv. 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, op. cit.

<sup>99</sup> O. VAES, *Franchising – Guide pratique pour juristes*, op. cit., p. 30.

franchise de distribution, celle-ci dispose d'un savoir-faire bien plus essentiel qui nécessite une protection plus importante.<sup>100</sup>

Finalement, en soulignant l'importance particulière du savoir-faire dans les franchises de services, l'on peut définir celle-ci comme étant un système de franchisage dans lequel le franchiseur met à disposition du franchisé un système standardisé complet pour offrir un service à la clientèle, comprenant des signes de ralliement de la clientèle.<sup>101</sup>

Deuxièmement, la franchise peut prendre la forme d'un contrat de franchise de distribution. Selon le règlement précité, l'objet de celle-ci concerne « *la vente de produits* ». De plus l'arrêt *Pronuptia* indique que les franchises de distribution sont celles « *en vertu desquelles le franchisé se borne à vendre certains produits dans un magasin qui porte l enseigne du franchiseur* ».

Le savoir-faire ainsi transmis ne concerne dès lors ni un mode de fabrication, comme dans le franchisage industriel, ni une méthode portant sur une prestation de service, comme dans la franchise de services, mais une technique de commercialisation mise au point et éprouvée par le franchiseur.<sup>102</sup>

L'on peut donc définir le contrat de franchise de distribution comme étant celui en vertu duquel le franchiseur – jouant le rôle de fabricant des produits distribués ou de centrale d'achat - assure la distribution de ses produits par l'intermédiaire des membres de son réseau.<sup>103</sup>

En outre, les biens distribués par les franchisés sont présentés aux consommateurs sous la dénomination commerciale du franchiseur, dans un commerce qui présente tous les signes extérieurs prescrits par ce dernier, afin de favoriser l'image du réseau auprès du public.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> Service Master, 14 nov. 1988, *J.O.C.E.*, L 332/38, 3 déc. 1988., en ligne sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31988D0604>.

<sup>101</sup> Ph. LE TOURNEAU, « Franchisage – Variétés du franchisage – Indépendance et domination dans le franchisage – Droit de la concurrence et franchisage », *J. -Cl. Contrats-Distribution*, 2002, Fasc. 1045, §42.

<sup>102</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>103</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>104</sup> O. VAES, *Franchising – Guide pratique pour juristes*, *op. cit.*, pp. 29-30.

Troisièmement, l'on différencie la franchise industrielle des deux premières en ce qu'elle concerne « *la fabrication des produits* »<sup>105</sup> par le franchisé lui-même, « *selon les indications du franchiseur* » et « *sous la marque de celui-ci* ».<sup>106</sup>

Un processus de décentralisation de la fabrication des produits est donc mis en œuvre,<sup>107</sup> le premier industriel accordant au second le droit et les possibilités de fabriquer et de commercialiser les produits qu'il a mis au point.<sup>108</sup>

La typologie tripartite classique que nous vous avons présentée, basée sur l'objet du savoir-faire transmis par le franchiseur, n'englobe en réalité pas toute les subtilités du monde des franchises. L'on a donc, parfois, recours à d'autres classifications afin de répondre à toutes les finalités auxquelles s'attachent les contrats de franchise. Ces classifications se fondent soit sur la place de l'activité du franchiseur dans le canal de distribution, soit sur les caractéristiques de l'offre commerciale finale, soit sur la stratégie d'extension, de diversification, d'innovation ou d'appoint choisie par le franchiseur.<sup>109</sup>

L'on parle, par exemple, de « *master franchise* » lorsque le franchisé - contractant du franchiseur - fait appel à des « *sub-franchisés* » de son choix en accordant des sous-licences à des tiers.<sup>110</sup> Le « *master franchisé* », qui est souvent un entrepreneur local, dispose ainsi de la possibilité de développer son propre réseau de franchise.<sup>111</sup>

L'on peut encore citer le « *franchise corner* » ou franchise de comptoir qui est une formule souple et partielle. En effet, celle-ci consiste en un espace délimité – sorte de kiosque – au sein d'une exploitation commerciale plus large<sup>112</sup> dans laquelle coexistent de nombreux produits concurrents de marques différentes.<sup>113</sup>

Enfin, et pour être en phase avec la réalité du terrain, soulignons que toutes ces différentes formes de franchise peuvent être couplées entre elles ou avec d'autres mécanismes de distribution ou de partenariat tels que des contrats de concession, d'agence etc.

---

<sup>105</sup> Règlement CEE n° 4087/88 du 30 nov. 1988, *op. cit.*

<sup>106</sup> C.J.C.E., 28 janv. 1986, *op. cit.*

<sup>107</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise, op. cit.*, p. 12.

<sup>108</sup> Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, fasc. 1045, §93.

<sup>109</sup> C. NEGRE, *La franchise aujourd'hui*, Paris, Entreprise moderne d'édition, 1988, pp. 14 à 20 ;

<sup>110</sup> W. VAN GERVEN, *Handels - & Economisch Recht*, Partie 1, *Ondernemingsrecht*, Gent, Story-Scientia, p.537 ets.

<sup>111</sup> J.-P. FIERENS, « De masterfranchise », *R.D.C.*, 2013, p. 83.

<sup>112</sup> C. MATRAY, *op. cit.*, p. 19.

<sup>113</sup> Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 125.

## Chapitre 2 : L'exemption du contrat de franchise au regard du droit de la concurrence

### Section 1 : Le principe d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles

La fondation d'un marché unique constitue, sans équivoque, la pierre angulaire de l'unification européenne. C'est, en effet, par l'intégration économique que les Pères fondateurs ont eu la brillante idée d'éliminer les conflits armés et d'augmenter la prospérité économique en Europe.<sup>114</sup>

L'on a ainsi parié sur un marché économique dans lequel la compétition entre les entreprises européennes est fortement encouragée par la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux.<sup>115</sup> L'idée est donc de permettre aux entreprises de se concurrencer à des conditions égales dans un vaste marché européen,<sup>116</sup> tout obstacle à ce principe fondamental devant être vivement sanctionné. Celui-ci a d'ailleurs été formellement inscrit dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

Dans ce cadre, le contrat de franchise est susceptible de contenir divers obstacles au jeu normal de la concurrence, particulièrement lorsqu'il contient des clauses de non-concurrence ou d'approvisionnement exclusif, sans compter le droit des ententes, des concentrations et des abus de positions dominantes.<sup>117</sup> Dans les cas où il engendre des pratiques anticoncurrentielles, celui-ci devrait, en principe, être fermement interdit.

Cependant, l'on s'est rapidement rendu compte que le contrat de franchise constitue un formidable moyen de développement pour les entreprises, que ce dernier favorise grandement les échanges commerciaux au sein du marché unique et qu'il engendre donc beaucoup de richesses.<sup>118</sup>

Par conséquent, les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas prohibées de manière absolue en droit européen car elles peuvent engendrer un progrès économique. Dès lors, le contrat de franchise qui, par exemple, ferait obstacle à la libre fixation des prix ou qui

---

<sup>114</sup> J. XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, droit suisse et communautaire dans une perspective économique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.85.

<sup>115</sup> E. ALFANDARI, « Le droit économique en France » in *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2003, p. 232.

<sup>116</sup> G. VALLINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 17.

<sup>117</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., p. 376.

<sup>118</sup> R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, t. I, Paris, Publisud, 2002, p. 227.

contrôlerait le débouché des produits ou des services pourra, sous certaines conditions, être autorisé.<sup>119</sup>

### § 1. Prohibition des ententes et exceptions

L'article 85, §1<sup>er</sup> du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne vise trois pratiques conjointes entre entreprises qui sont constitutives d'ententes au sens du droit européen. Celles-ci sont, en principe, prohibées.

#### §1. 1. Prohibition des ententes

Les ententes se déclinent de trois manières différentes.

Premièrement, l'article vise les accords entre entreprises. Ceux-ci suggèrent un consensus entre les différentes parties, c'est-à-dire la rencontre de leurs consentements. L'on exclut donc les comportements imposés unilatéralement par une autorité, sans que l'autre partie ne puisse jouir d'une certaine autonomie.<sup>120</sup> Le consensus aboutit à une ligne de conduite à suivre, d'action ou d'abstention mutuelle, qui restreint les libertés commerciales des entreprises.<sup>121</sup> Par ailleurs, l'accord peut être exprès et se refléter, par exemple, par le biais d'un contrat écrit ou tacite et, dès lors, paraître au premier abord unilatéral.<sup>122</sup> Dans ce cas, la Cour de Justice exige que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes constitue une invitation à l'autre partie à la réalisation commune d'un but anticoncurrentiel et que l'autre partie acquiesce, de manière expresse ou tacite, à cette invitation.<sup>123</sup>

A priori, l'existence d'un élément consensuel au sein du contrat de franchise semble indiscutable. Les obligations contractuelles contenues dans le contrat entrent donc dans le champ d'application de l'article 101, §1 peu importe qu'elles aient été formalisées dans un accord écrit, tacite ou conclues oralement.<sup>124</sup>

Deuxièmement, l'on distingue les pratiques concertées qui ont été définies de manière précise par la Cour de justice des Communautés européennes comme étant « *une forme*

---

<sup>119</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., p. 386.

<sup>120</sup> J. XODIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, droit suisse et communautaire dans une perspective économique*, op. cit., p. 203.

<sup>121</sup> Décision Comm, CE n° 38-281 du 29 octobre 2005, *aff. Tabac brut-Italie*.

<sup>122</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », op. cit., p. 450.

<sup>123</sup> C.J.U.E., 6 janvier 2004, *Adalat*, aff. C-2/01 et 3/01, *R.J.D.A.*, 6/04, n° 759.

<sup>124</sup> J. XODIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, droit suisse et communautaire dans une perspective économique*, op. cit., p. 203.

*de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence* ». <sup>125</sup> Elles se distinguent donc de l'accord en ce qu'elles n'usent pas d'instrument juridique identifiable ni de décision formalisée par écrit mais qu'elles se contentent d'aligner le comportement de plusieurs entreprises qui adoptent des pratiques parallèles ou similaires. <sup>126</sup>

Il s'agit donc d'une formule plus souple de coordination qui sera plus rarement appliquée dans le contexte vertical et contractuel du contrat de franchise. L'on peut néanmoins l'imaginer dans le cas d'accords non formalisés entre différents franchisés.

Troisièmement, les décisions d'association d'entreprises sont aussi susceptibles de fausser la libre concurrence. Cette notion regroupe toute structure au sein de laquelle les entreprises peuvent se réunir et coordonner des comportements collectifs. <sup>127</sup> Il peut s'agir aussi bien d'une a.s.b.l. ou de l'ordre belge des architectes que de la FIFA. <sup>128</sup> Dans ce cas, l'entente n'est pas constituée de la conjonction des accords entre les différents membres mais plutôt par la constatation de la seule décision de l'association elle-même dès lors qu'elle détermine et coordonne le comportement de ses membres. <sup>129</sup> Il semble que l'on visera, dans ce cas, le réseau de franchise dans son ensemble.

Enfin, notons qu'une simple négligence a déjà pu être considérée comme étant constitutive d'une entente par la Cour de Justice. <sup>130</sup>

## §1. 2. Possibilité d'exemption du contrat de franchise

Comme nous l'avons vu, les ententes anticoncurrentielles générées par les contrats de franchise doivent, en principe, être fermement exclues. Elles sont d'ailleurs lourdement sanctionnées par l'article 101, §2 du T.F.U.E. qui prévoit une nullité de plein droit de celles-ci.

---

<sup>125</sup> C.J.C.E., 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, aff. 48-69, *Rec. CJCE* 1972, p. 619.

<sup>126</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 452.

<sup>127</sup> F. BRUNET, « La nouvelle politique de la Commission européenne à l'égard des ententes horizontales : ententes illicites et coopération licite », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence, sous la direction de F. BRUNET et G. CANIVET* Paris, L.G.D.J., 2008, p. 19.

<sup>128</sup> T.P.I.C.E., 26 janv. 2005, aff. T-193/02, *FIFA*, *Rec. CJCE* 2005, II, p. 209.

<sup>129</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 451.

<sup>130</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, *op. cit.*, p. 408.

Néanmoins, et sous réserve de certaines conditions, le troisième alinéa de l'article 101 prévoit que certaines pratiques conjointes entre entreprises peuvent être exemptées dans le cas où elles « *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* ». Ainsi, dans le cas où l'entente contribue à nourrir l'intérêt général des consommateurs, alors celui-ci sera préféré à la préservation du libre jeu de la concurrence.

Il convient, dès lors, de se demander dans quelle mesure les contrats de franchise sont compatibles avec les règles du droit européen de la concurrence et peuvent ainsi bénéficier de l'exemption susmentionnée. C'est, à cet égard, le 28 janvier 1986 que la Cour de Justice des Communautés européennes s'est penchée sur la question lors d'une affaire, aujourd'hui encore, bien connue.<sup>131</sup>

#### a) L'affaire Pronuptia

En l'espèce, il s'agissait d'un franchisé du réseau allemand Pronuptia qui contestait le paiement de certains arriérés de redevances à son franchiseur. Pour sa défense, celui-ci invoquait la nullité du contrat de franchise en ce qu'il contenait des clauses restrictives de concurrence qui n'étaient pas conformes à l'article 85, §1 du Traité CEE (l'actuel article 101, §1 du T.F.U.E.) et qui ne bénéficiaient pas de l'exemption par catégorie accordée aux accords d'exclusivité par l'ancien règlement n° 67/67/CEE de la Commission. Les clauses contestées concernaient des engagements d'exclusivité réciproques par lesquels le franchiseur ne pouvait pas approvisionner d'autres commerçants sur le territoire et le franchisé ne pouvait acheter et revendre d'autres marchandises, en provenance d'autres Etats membres, que de manière très limitée.<sup>132</sup>

De manière générale, la Cour de Justice décida d'arrêter certains principes fondamentaux.

Après avoir confirmé que le contrat de franchise présente des spécificités bien particulières par rapport aux autres formules de distribution, elle stipula, tout d'abord,

---

<sup>131</sup> C.J.C.E., 28 janv. 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, *Rec. C.J.C.E.* 1986, p. 353.

<sup>132</sup> P. DEMOLIN et V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise*, *op. cit.*, p. 105.

que la comptabilité du contrat de franchise avec l'article 85 dépend des clauses contenues dans celui-ci ainsi que du contexte économique.<sup>133</sup>

Ce point est fondamental et sera à la source de toutes réglementations ultérieures en la matière.

Ensuite, elle rappelle que pour que le réseau de franchise puisse fonctionner, il est essentiel que le franchiseur veille à ce qu'il n'existe pas de risque de voir son savoir-faire profiter à un concurrent. Les clauses rédigées dans ce but seront donc présumées valides. Parmi celles-ci, l'on retrouve celles qui visent « *l'interdiction faite au franchisé d'ouvrir, pendant la durée du contrat ou pendant une période raisonnable après l'expiration de celui-ci, un magasin ayant un objet identique ou similaire, dans une zone où il pourrait entrer en concurrence avec un des membres du réseau* » ainsi que celles visant « *l'obligation imposée au franchisé de ne pas céder son magasin sans l'accord préalable du franchiseur* ». <sup>134</sup>

De plus, ce dernier doit pouvoir prendre des mesures propres afin de préserver la marque, l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisée par l'enseigne.<sup>135</sup> A cette fin, toute clause qui protégerait ces intérêts légitimes et qui permettrait au franchiseur de tirer profit de sa réussite sur de nouveaux marchés ne porte pas atteinte à l'article 85, §1<sup>er</sup> du Traité. Afin de nous éclairer, l'arrêt énumère, à titre d'exemples, plusieurs clauses dont les obligations rentrent dans cette catégorie. Ainsi, sont visées « *l'obligation faite au franchisé de ne vendre que les produits provenant du franchiseur ou des fournisseurs sélectionnés par lui* » tant qu'il n'est pas interdit au franchisé de se procurer ces produits auprès d'autres franchisés<sup>136</sup>, « *l'obligation faite au franchisé de soumettre toute action publicitaire à l'assentiment du franchiseur* »<sup>137</sup> ou bien encore « *l'obligation du franchisé de ne vendre les marchandises visées au contrat que dans un local aménagé et décoré selon les instructions du franchiseur, laquelle a pour objet de garantir une présentation uniforme répondant à certaines exigences. Les mêmes exigences s'appliquent à l'emplacement du magasin dont le choix est également de nature à influencer la réputation du réseau. Ainsi s'explique que le franchisé ne puisse pas transférer son magasin dans un autre emplacement sans l'assentiment du*

---

<sup>133</sup> Arrêt *Pronuptia*, 15<sup>e</sup> attendu.

<sup>134</sup> C.J.C.E., 28 janv. 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, *op. cit.*, 16<sup>e</sup> attendu.

<sup>135</sup> *Ibidem.*, 17<sup>e</sup> attendu.

<sup>136</sup> *Ibidem.*, 21<sup>e</sup> attendu.

<sup>137</sup> *Ibidem.*, 22<sup>e</sup> attendu.

*franchiseur* »<sup>138</sup> et enfin « *l'interdiction pour le franchisé de céder les droits et obligations résultant du contrat sans l'accord du franchiseur.* »<sup>139</sup>

Conformément à sa jurisprudence, la Cour établit cependant des restrictions de concurrence qui, contenues dans des clauses, doivent être prohibées. Ainsi, elle révèle qu'une clause qui organiserait, d'une part, un partage de marché entre franchiseur et franchisés ou entre franchisés, ou qui, d'autre part, empêcherait ceux-ci de se livrer à une concurrence de prix entre eux doit être considérée comme illicite.<sup>140</sup> Néanmoins, il est admis que le franchiseur communique des prix indicatifs à ses franchisés à condition « *qu'il n'y ait pas, entre le franchiseur et les franchisés, ou entre franchisés une pratique concertée en vue de l'application effective des prix* ». <sup>141</sup>

Notons, d'emblée, que cet arrêt est remarquable en ce qu'il accepte la liberté des clauses contractuelles lorsque celles-ci ont pour objet la défense du savoir-faire ainsi que l'intégrité du réseau.<sup>142</sup> A cet égard, la Cour formalise méthodiquement ce principe en procédant à une distinction entre les limitations de concurrence acceptables, sous certaines conditions, et celles qui ne le sont pas.<sup>143</sup>

Suite à cet arrêt fondateur, la Commission s'est attelée à rédiger des règlements d'exemptions par catégories, propres ou non aux contrats de franchise. Ceux-ci partent de l'hypothèse que les accords verticaux tels que les contrats de franchise améliorent, en principe, la distribution en entraînant des gains d'efficacité quantitatifs<sup>144</sup> ou qualitatifs<sup>145</sup> qui se répercuteront, *in fine*, positivement sur les consommateurs. L'on postule donc que ces accords, avec leurs clauses, répondent aux exigences prescrites à l'article 101, § 3 du T.F.U.E. sous réserve de certaines pratiques particulières expressément visées dans les règlements que nous allons étudier.

---

<sup>138</sup> *Ibidem.*, 19<sup>e</sup> attendu.

<sup>139</sup> *Ibidem.*, 20<sup>e</sup> attendu.

<sup>140</sup> *Ibidem.*, 23<sup>e</sup> attendu.

<sup>141</sup> C.J.C.E., 28 janv. 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, *op. cit.*, pt) E.

<sup>142</sup> O. VAES, *Franchising – Guide pratique pour juristes*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>143</sup> *Idem.*

<sup>144</sup> Décision Comm. CE n° 89-536 du 15 septembre 1989.

<sup>145</sup> Décision Comm. CE n° 1999-573 du 20 mai 1999, *Cégetel +4*.

## b) Le règlement (CEE) n° 4087/88

Le premier règlement à être adopté en la matière fût le règlement<sup>146</sup> du 30 novembre 1988 qui, en quelque sorte, consistait en une synthèse de la jurisprudence de la Cour de Justice.

Ce dernier, ne visant que les franchises de distribution ou de services et non les franchises industrielles,<sup>147</sup> procédait à une distinction entre les clauses dites blanches, noires ou grises selon l'objet de la clause contenue dans le contrat. Parmi les clauses pleinement autorisées, dites « blanches »,<sup>148</sup> l'on comptait celles qui prévoyaient une exclusivité territoriale au profit du franchisé, l'interdiction faite au franchisé d'exploiter la franchise à partir d'autres locaux que ceux visés dans le contrat, de rechercher des clients hors du territoire contractuel ou encore de vendre ou d'utiliser des produits concurrents de ceux du franchiseur.<sup>149</sup> A l'inverse, il existait des clauses dites « noires » qui étaient totalement interdites telles que celles par lesquelles le franchiseur limite, directement ou indirectement, la liberté du franchisé quant à la détermination du prix de vente des produits et services faisant l'objet de la franchise.<sup>150</sup> Enfin, le règlement ne prétendait pas résoudre tous les types de clauses pouvant être rencontrées dans les faits.

<sup>151</sup> Par conséquent, les clauses dites « grises » concernaient celles à propos desquelles l'incertitude demeurait. Vis-à-vis de celles-ci, l'on avait instauré une procédure de « non-opposition », condition *sine qua non*, qui consistait à notifier la clause à la Commission par lettre recommandée.<sup>152</sup>

## c) Le règlement (CE) n° 2790/1999

Finalement, notre règlement arrivant à expiration, celui-ci fût remplacé par le règlement d'exemption<sup>153</sup> du 22 décembre 1999 qui, contrairement au précédent, n'était pas spécifique au contrat de franchise mais concernait les accords verticaux dans leur ensemble, c'est-à-dire, ceux « *conclus entre deux ou plusieurs entreprises dont chacune*

---

<sup>146</sup> Règlement CEE n° 4087/88 du 30 nov. 1988 *concernant l'application de l'article 85-3 du traité à des catégories d'accords de franchise*, J.O.C.E. du 28 déc. 1988, législation n°L. 359, p. 46-52.

<sup>147</sup> Règlement CEE n° 4087/88 du 30 nov. 1988 *concernant l'application de l'article 85-3 du traité à des catégories d'accords de franchise*, *op. cit.*, consid. n°4.

<sup>148</sup> Art. 2 et 3 du règlement.

<sup>149</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>150</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>151</sup> C. MATRAY, *Le contrat de franchise*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>152</sup> A cet égard, voir les art. 6 et 7 du règlement ainsi que le considérant 14.

<sup>153</sup> Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 déc. 1999, *concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*, J.O.C.E. du 29 décembre 1999, législation n° L 336, p. 21-25.

*opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de production ou de distribution ».* Celui-ci se distinguait par le fait qu'il s'inspirait d'une approche plus économique que juridique, cette dernière souffrant de plusieurs lacunes telles qu'une réglementation asphyxiante avec une exemption par catégories trop étroite, l'absence de prise en compte du pouvoir du marché etc.<sup>154</sup>

Ce nouveau règlement, accompagné ultérieurement par des « lignes directrices »<sup>155</sup> aidant à son interprétation, se démarqua par deux innovations.

Premièrement, il introduisit un seuil quantitatif de part de marché.<sup>156</sup> En effet, il n'était possible de bénéficier de l'exemption qu'à la condition que « *la part du marché détenue par le fournisseur ou l'acheteur ne dépasse pas 30% du marché pertinent sur lequel il vend ou il achète les biens ou les services contractuels* ». <sup>157</sup> Au-delà de ce seuil, il était impossible pour les accords de jouir de l'exemption. Selon la Commission, en effet, les accords qui affectent la concurrence entre distributeurs de produits de la même marque ne posent pas de problèmes sérieux si la concurrence entre produits de marques différentes est suffisamment forte,<sup>158</sup> c'est-à-dire, si l'opérateur en question ne dépasse pas 30% du marché pertinent.

Deuxièmement et à la différence du règlement (CEE) n°4087/1988, le règlement (CE) n° 2790/1999 ne contenait plus de clauses autorisées mais il ne mentionnait que des clauses interdites, les clauses dites « noires ».<sup>159</sup> Parmi celles-ci, l'on comptait l'imposition du prix de revente des produits sans préjudice d'imposer ou de recommander des prix maximums, l'imposition de restrictions de territoire ou de clientèle ou encore l'obligation de non-concurrence d'une durée supérieure à 5 ans.<sup>160</sup> Par ailleurs, il était majoritairement considéré que tout ce qui n'était pas prévu et prohibé par ces clauses noires était valide.<sup>161</sup>

---

<sup>154</sup> Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales, COM (1998) 544 final, du 30 septembre 1998.

<sup>155</sup> Communication de la Commission, du 13 octobre 2000, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *J.O.C.E.*, C 291 du 13 octobre 2000.

<sup>156</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, *op. cit.*, p. 409.

<sup>157</sup> Art. 3, § 1<sup>er</sup> du règlement n° 2790/1999.

<sup>158</sup> A. PAPPALARDO, « Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords verticaux », *R.D.U.E.*, 2000, p. 151.

<sup>159</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>160</sup> Concernant la durée maximum de 5 ans pour les clauses de non-concurrence, les lignes directrices de la Commission précisait que, si ces dernières étaient d'une durée égale au contrat de franchise, alors celles-ci étaient admises même si elles étaient supérieures à 5ans.

<sup>161</sup> A. PAPPALARDO, « Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords verticaux », *op. cit.*, p. 33.

Ces deux règlements constituent, encore actuellement, une grande source d'inspiration dans le milieu du droit de la franchise.

#### d) Le règlement (UE) n° 330/2010

Finalement, le règlement (CE) n° 2790/1999 a lui aussi été remplacé par le règlement (UE) n° 330/2010, toujours en œuvre actuellement.<sup>162</sup> Ce dernier s'appliquant également à l'ensemble des accords verticaux,<sup>163</sup> il convient de délimiter juridiquement les articles qui se réfèrent aux contrats de franchise et qui, sous certaines conditions, permettent à certains accords de bénéficier d'une exemption au regard du droit européen de la concurrence.

Tout d'abord et contrairement au règlement qui le précède, le règlement (UE) n° 330/2010 soumet le bénéfice de l'exemption non pas à la condition que la part de marché détenue par le fournisseur ou l'acheteur ne dépasse pas 30 % mais à la double condition que tant le fournisseur que l'acheteur détiennent une part de marché inférieure à 30% du marché en cause.<sup>164</sup> L'on parle donc ici du respect d'un double seuil de part de marché.<sup>165</sup> Par ailleurs, aucun franchisé, conjointement avec ses entreprises liées, ne doit réaliser un chiffre d'affaires annuel qui dépasse 50 millions d'euros.<sup>166</sup>

Ensuite, selon le règlement, tout accord de distribution commerciale doit être examiné à la lumière de la présomption quasi irréfragable d'incompatibilité prévue aux articles 4 et 5 de celui-ci.<sup>167</sup> A ce titre, ce dernier dispose que les exemptions par catégorie ne doivent pas contenir, sous réserve de règles particulières en la matière, de restrictions caractérisées ou de restrictions exclues.

L'on distingue les deux restrictions par le fait que, tandis que les restrictions caractérisées<sup>168</sup> entraînent, *ipso jure*, l'exclusion de l'intégralité du contrat de franchise du champ d'application du règlement, les restrictions exclues<sup>169</sup> seront, quant à elles, écartées isolément du bénéfice de l'exemption. A cet égard, le règlement continuera à

---

<sup>162</sup> Règl. (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, §3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.U.E.*, L 102 du 23 avril 2010 (ci-après « Règlement (UE) n° 330/2010»), pp. 1 à 7.

<sup>163</sup> Art. 1<sup>er</sup> du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>164</sup> Art. 3 du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>165</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise, op. cit.*, p. 34.

<sup>166</sup> P. DEMOLIN et V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise, op. cit.*, p. 108.

<sup>167</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 639.

<sup>168</sup> Visées à l'art. 4 du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>169</sup> Visées à l'art. 5 du règlement (UE) n° 330/2010.

s'appliquer aux dispositions restantes de l'accord vertical si celles-ci sont dissociables des obligations non-exemptées.<sup>170</sup>

Parmi les restrictions caractérisées, l'on peut citer, par exemple, le fait de restreindre la capacité de l'acheteur à déterminer son prix de vente, le fait de restreindre le territoire ou la clientèle sur lequel l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels etc.

Par ailleurs, les lignes directrices<sup>171</sup> précisent que, lorsqu'une restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'article 101, §1<sup>er</sup> du règlement. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, §3 dudit règlement.

Finalement, l'essence du règlement 330/2010 consiste donc en la présomption que les accords de franchise qui ne contiennent pas de restrictions caractérisées et dont les parts de marché détenues par les protagonistes ne dépassent pas 30% du marché pertinent sont légaux.<sup>172</sup> L'on a ainsi veillé, plus qu'auparavant, à préserver une certaine liberté dans l'élaboration des contrats par les parties.

### §1.3. Particularités du contrat de franchise

En ce qu'ils présentent certaines particularités principalement liées au transfert d'un savoir-faire et à l'identité commune d'un réseau, les systèmes de franchise jouissent d'un régime particulier propre à leur objet.<sup>173</sup>

Par conséquent, certaines pratiques *a priori* interdites seront considérées soit comme ne relevant pas de l'article 101, §1 soit comme pouvant être exemptées en vertu de l'article de l'article 101, §3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. C'est à ce titre qu'il convient d'analyser chaque contrat de franchise dans son entièreté, article par article, et au regard de toutes les circonstances particulières qui l'entourent.

Au travers de ses lignes directrices,<sup>174</sup> la Commission accorde une place prépondérante à l'existence d'un savoir-faire ainsi qu'à l'identité et la réputation d'un réseau lorsque la question de la validité d'un contrat de franchise se pose.

---

<sup>170</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise, op. cit.*, p. 35, voir Communication de la Commission européenne, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *J.O.U.E.*, C 130 du 19 mai 2010, pp. 1 à 46 (ci-après « Lignes directrices sur le règlement (UE) n° 330/2010 »), pt. 65.

<sup>171</sup> Lignes directrices sur le règlement (UE) n° 330/2010, pt. 47.

<sup>172</sup> L. VOGEL § J. VOGEL, *Traité de droit économique, « Droit de la distribution, droit européen et français »*, Paris, Bruylant, 2015, p. 209.

<sup>173</sup> P. KILESTE et C. STAUDT, *Contrat de franchise, op. cit.*, p. 35.

Ainsi, les lignes directrices précisent que « *plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions [que l'on trouve généralement dans les accords de franchise]*<sup>175</sup> *générent des gains d'efficience et/ou seront indispensables pour le protéger et que les restrictions verticales satisferont au droit de la concurrence* ». <sup>176</sup> En outre, celles-ci rajoutent que le savoir-faire, une fois transmis, ne peut être repris et qu'il est donc légitime que le fournisseur du savoir-faire ne souhaite pas que celui-ci soit utilisé pour le compte de ses concurrents ou par ceux-ci. Dès lors, sa cession peut justifier une restriction du type obligation de non-concurrence qui ne relèvera pas de l'article 101, § 1.<sup>177</sup>

Enfin, la Commission rajoute qu'une obligation de non-concurrence sera exemptée en vertu de l'article 101, § 3 si elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé.<sup>178</sup> Par ailleurs, ce savoir-faire qui s'inscrit dans la réputation du réseau justifie certaines restrictions de concurrence, imposées par le franchiseur, lorsqu'elles protègent « *l'uniformité et les normes de qualité* », ce qui permet « *d'acquérir une bonne image de marque, d'accroître l'intérêt du consommateur final pour son produit et d'augmenter ses ventes* ». <sup>179</sup>

A la lecture de ces lignes, l'on peut conclure que l'interprétation à donner au terme « savoir-faire » vise incontestablement un savoir-faire substantiel, secret et identifié.<sup>180</sup> A cet égard, par exemple, si l'objet de la clause de non-concurrence se rapporte au « *goodwill* » lié à l'image du réseau plutôt qu'au « savoir-faire » secret et substantiel, alors celle-ci ne sera pas régulière.<sup>181</sup>

L'on comprend donc que, de manière générale, un juge qui s'interroge sur la validité d'une clause de non-concurrence doit toujours contrôler deux éléments essentiels du contrat de franchise à savoir le savoir-faire transféré ainsi que le réseau dans lequel celui-ci évolue.<sup>182</sup>

---

<sup>174</sup> Lignes directrices sur le règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>175</sup> Telles qu'une obligation de non-concurrence, la distribution sélective, la distribution exclusive, une clause d'approvisionnement etc.

<sup>176</sup> *Ibidem.*, pt. 190.

<sup>177</sup> *Ibidem.*, pt. 107, e).

<sup>178</sup> *Ibidem.*, pt. 190.

<sup>179</sup> Lignes directrices sur le règlement (UE) n° 330/2010, pt. 107.

<sup>180</sup> Ces trois termes sont définis à l'article 1., g) du Règlement n° 330/2010.

<sup>181</sup> F. BARTOLOTTI, « Franchise et droit de la concurrence », in *Le contrat de franchise, actes du séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, p. 46 et O. VAES, *Franchising – Guide pratique pour juristes*, op. cit., p. 68.

<sup>182</sup> B. DEMOLIN et P. DEMOLIN, « Le contrat de franchise et les clauses de non-concurrence », in *Le contrat de franchise*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 115.

## § 2. L'abus de position dominante

Le fait, pour une entreprise, de jouir d'une position dominante n'est en soi pas incompatible avec le droit européen de la concurrence. En effet, même si un puissant pouvoir unilatéral peut se révéler menaçant dans une économie de compétition supposant la pluralité, il n'y a pas de mal apparent lorsque cette position dominante a été acquise à l'aide de pratiques concurrentielles.<sup>183</sup>

En fait, dans le droit de la concurrence, la légitimité ou non d'une pratique doit toujours se mesurer à partir d'une finalité bien particulière à savoir qu'il convient de se demander si celle-ci affecte, ou non, la concurrence en pénalisant *in fine* les consommateurs finaux.<sup>184</sup>

L'on comprend donc que c'est l'exploitation abusive d'une position dominante qui est fermement prohibée par l'article 102 du T.F.U.E. et non son existence en elle-même. A cet égard, la Cour de Justice reconnaît aux entreprises qui détiennent une position dominante « *une responsabilité particulière* » de ne pas porter atteinte, par leurs comportements, à une concurrence effective.<sup>185</sup>

### § 2.1. Conditions communes et préalables à l'application du droit européen

A la lecture des articles 101 et 102 du Traité, il ressort de manière certaine que l'examen de la validité d'une clause au regard du droit européen de la concurrence est subordonné à la réunion de deux conditions cumulatives, tant en matière d'exploitation abusive d'une position dominante qu'en matière d'ententes ou de concentrations.

En premier lieu, la pratique contestée doit être « *susceptible d'affecter* »<sup>186</sup> le commerce entre Etats membres ». A cet égard, la Cour de Justice a précisé de nombreuses fois que cette atteinte au commerce devait être « *sensible* »<sup>187</sup> pour que le

---

<sup>183</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 15.

<sup>184</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 473.

<sup>185</sup> C.J.U.E., 17 février 2011, *Kokurrensverket c. Telia Sonera Sverige AB*, aff. C-52/09, point 24.

<sup>186</sup> Par rapport à la notion de « susceptible d'affecter », le point 23 des lignes directrices du 27 avril 2004 précise que cette dernière suppose que « *l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres* ».

<sup>187</sup> La Cour et la Commission ont estimé que la possession d'une position dominante est en elle-même susceptible d'affaiblir la concurrence et que le comportement est abusif dès lors qu'il entrave le fonctionnement normal du marché.

droit communautaire lui soit applicable. Par ailleurs, le caractère sensible de la pratique se mesure en référence « *au cadre réel où se place l'accord* »<sup>188</sup> et c'est donc à partir de celui-ci que l'on déterminera si l'accord est d'importance mineure, ce qui provoquera son exclusion du champ d'application des articles 101 et 102 du Traité, ou non.

Quant à la caractérisation de « l'affection du commerce », les lignes directrices<sup>189</sup> disposent que la notion de « commerce » ne se résume pas à sa conception classique à savoir qu'elle n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers de produits et de services mais qu'elle englobe toute activité économique internationale, y compris l'établissement,<sup>190</sup> ainsi que tout accord qui affecte la structure de la concurrence sur le marché en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère.<sup>191</sup>

Concernant la notion d' « Etats membres », la Commission précise que ce sont des activités économiques transfrontalières qui doivent être touchées. Il suffit, pour cela, que deux Etats membres ou une partie de ceux-ci soient impliqués.<sup>192</sup>

En effet, ce n'est que si la pratique affecte le commerce entre Etats membres que l'on soumettra celle-ci au droit européen de la concurrence. La Cour d'appel de Paris a rappelé ce principe en soutenant que c'est le droit national, en tant que complément naturel du droit européen, qui s'appliquera lorsque le réseau de franchise reste exclusivement national en ne « *comportant aucun point de vente sur le territoire d'une autre Etat* » ou lorsqu'il « *n'existe pas de clauses restreignant les importations ou des réseaux d'accords similaires dont l'effet cumulatif rendrait l'accès au marché de cet Etat très difficile pour des fournisseurs étrangers* ». <sup>193</sup>

De plus, les lignes directrices précisent - et cela a été largement suivi dans la jurisprudence -<sup>194</sup> que les activités économiques transfrontalières entre Etats membres peuvent être indirectement touchées alors-même que le marché en cause est national.<sup>195</sup>

---

<sup>188</sup> C.J.C.E., 9 juill. 1969, *Franz Völk c/ SPRL Ets J. Vervaecke*, Affaire 5/69, *Rec. C.J.C.E.* 1969, p. 1969.

<sup>189</sup> Lignes directrices du 27 avril 2004 relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* n° C 101 du 27 avr. 2004 (ci-après « Lignes directrices du 27 avril 2004 »), pp. 81-96.

<sup>190</sup> Point n° 19 des lignes directrices du 27 avril 2004.

<sup>191</sup> Point n° 20 des lignes directrices du 27 avril 2004.

<sup>192</sup> Point n° 21 des lignes directrices du 27 avril 2004.

<sup>193</sup> C.A. Paris, 6 juill. 1995, *Petites Affiches*, 29 juillet 1996, n° 91 et obs. Y MAROT.

<sup>194</sup> A titre d'exemple, voir *T.P.I.C.E.*, 8 juin 1995, *Langnese-Iglo*, aff. T-7/93, *Rec. C.J.C.E.* 1995, p. II-1533.

<sup>195</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, *op. cit.*, p. 403.

En effet, il existe des accords verticaux<sup>196</sup> qui couvrent l'ensemble d'un Etat membre et qui sont susceptibles, parce qu'ils concernent une part importante du marché en cause, d'entraver l'accès au marché des entreprises des autres Etats membres, provoquant ainsi un cloisonnement du marché au niveau national préjudiciable pour l'interpénétration économique voulue par le Traité.<sup>197</sup>

En second lieu, il est exigé que la pratique litigieuse ait été effectuée sur un « marché en cause » qui est déterminé « *en combinant le marché de produits et le marché géographique* ». <sup>198</sup>

Ainsi, la notion se décline de deux manières.

Premièrement, l'on distingue le marché de produits qui comprend « *tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* ». <sup>199</sup> Afin de déterminer si deux produits ou services sont interchangeables ou substituables du côté de la demande, condition sans laquelle il ne peut exister de concurrence effective au sein du marché en cause,<sup>200</sup> les autorités de contrôle ont recours au test dit « SSNIP ». <sup>201</sup>

Au travers de celui-ci, l'on va prendre en considération les produits de même type que ceux qui sont vendus par les entreprises en cause sur le territoire déterminé.<sup>202</sup> Il s'agit, ensuite, de se poser la question de savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère de 5 à 10 %, mais permanente, des prix relatifs aux produits considérés sur les territoires concernés.<sup>203</sup> Si le test est négatif, il y a peu d'interchangeabilité et le marché pourra être qualifié de « marché en cause ». <sup>204</sup> A l'inverse, si le test est positif et que le comportement des consommateurs provoque un

---

<sup>196</sup> Les clauses contenues dans les contrats de franchise formant des réseaux, comme celles d'approvisionnement exclusif ou celles aux termes desquelles les entreprises s'engagent sur un prix imposé à la revente, en font naturellement partie.

<sup>197</sup> Point n° 86 des lignes directrices du 27 avril 2004.

<sup>198</sup> Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* C 372 du 9 décembre 1997 (ci-après « Communication de la Commission »), pp. 5-13.

<sup>199</sup> Point n° 7 de la communication.

<sup>200</sup> Voir l'arrêt de la C.J.C.E. du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche* c. Commission, 85/76, *Rec. C.J.C.E.*, p. 461, pt) 28.

<sup>201</sup> L'abréviation signifie « *Small but Significant Non Transitory Increase in Price* », points n° 16 et s. de la Communication de la Commission.

<sup>202</sup> Point n° 16 de la Communication de la Commission.

<sup>203</sup> Point n° 17 de la Communication de la Commission.

<sup>204</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 454.

recul des ventes de manière telle qu'il ôterait tout intérêt à une hausse des prix, alors des produits de substitution et de territoires supplémentaires seront intégrés dans le marché en cause jusqu'à ce que soit délimité ledit marché.<sup>205</sup>

Par ailleurs, soulignons que le degré de substituabilité des produits s'apprécie en fonction d'un « faisceau d'éléments »<sup>206</sup> qui sont les « caractéristiques propres des produits, les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché ».<sup>207</sup> En plus de ce critère de la substituabilité de la demande, l'on recourt également à la substituabilité de l'offre qui suppose que les fournisseurs puissent réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix.<sup>208</sup>

Deuxièmement, il convient de déterminer le marché géographique qui « comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable ».<sup>209</sup>

Ce dernier constitue donc une zone géographique présentant des conditions de concurrence homogènes et similaires.<sup>210</sup> La détermination de cette zone sera influencée, par exemple, par la culture et les habitudes sociales,<sup>211</sup> l'absence de disponibilité d'un bien dans une zone géographique déterminée ou encore la nature du produit ou du service.<sup>212</sup>

Rappelons, enfin, que la pratique doit naturellement affecter le commerce intracommunautaire, ce qui n'empêche pas, comme nous l'avons déjà évoqué, que le marché géographique concerné se limite à un seul Etat membre.<sup>213</sup> L'on parlera, alors, d'atteinte indirecte aux échanges concurrentiels européens.

---

<sup>205</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., p. 405.

<sup>206</sup> Point 25 de la Communication de la Commission.

<sup>207</sup> T.P.I., 28 avril 2010, *Amann & Söhne et Cousin Filterie c. Commission*, T-446/05, point 56.

<sup>208</sup> Point n° 20 de la Communication de la Commission.

<sup>209</sup> Point n° 8 de la Communication de la Commission.

<sup>210</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », op. cit., p. 455.

<sup>211</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », op. cit., p. 455.

<sup>212</sup> L. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. I, « Droit de la concurrence européen et français », Paris, Lawlex, 2012.

<sup>213</sup> C.J.U.E., 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Motoe*, aff. C-49/07.

## § 2.2. Conséquences de l'abus de position dominante

Nous allons, ici, souligner un point aussi essentiel que sensible.

Contrairement au système d'exemption instauré par l'article 101, § 3 du T.F.U.E. relatif aux ententes, l'article 102 du Traité ne reconnaît pas de dérogation à l'interdiction d'abuser d'une position dominante. L'interdiction, même si cela peut paraître injustifié, semble donc bien plus sévère en la matière.

Par ailleurs, même si les articles 101 et 102 du T.F.U.E. apparaissent comme des dispositions complémentaires recouvrant des champs d'application distincts, à savoir des situations d'oligopoles pour l'article 101 et de monopoles pour l'article 102,<sup>214</sup> il résulte d'une jurisprudence constante que les deux articles ne sont pas nécessairement d'application alternative. Déjà, en 1979, la Cour de Justice précisait que « *La circonstance que des accords (...) pourraient relever aussi bien de l'article [101], et notamment de son paragraphe 3, n'a cependant pas pour effet d'éliminer l'application de l'article [102] (...) de sorte qu'il est, dans ces cas, loisible à la Commission, compte tenu notamment de la nature des engagements réciproques assumés et de la position concurrentielle des divers contractants sur le marché ou les marchés auxquels ils appartiennent, de poursuivre la procédure sur base de l'article [101] ou sur celle de l'article [102]* ». <sup>215</sup> Par conséquent, il est communément admis qu'une seule et même pratique anticoncurrentielle existante au sein d'un réseau de franchise puisse constituer à la fois une entente et un abus de position dominante et ainsi être sanctionnée tant par l'une des deux dispositions que par l'autre.

Ainsi, lorsqu'une entreprise en position dominante participe à une entente en même temps qu'elle abuse de sa position, son comportement litigieux pourra être réprimandé par la Commission cumulativement, par référence aux deux articles. En effet, bien qu'elle soit autonome et destinée à régir des situations distinctes se référant à des comportements différents, leur application peut être concomitante.<sup>216</sup> De plus, il n'existe aucune hiérarchie dans l'application des deux articles et c'est à bon escient que le Tribunal de l'Union européenne précise que l'application de l'article [102] n'est pas

---

<sup>214</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 267.

<sup>215</sup> C.J.C.E., C-85/76, *Hoffmann- La Roche*, 13 février 1979, *Rec.* 1979, p. 461, § 116.

<sup>216</sup> Z. SBAĪ, *Les frontières entre l'entente et l'abus de position dominante*, Mém. Dactyl., 2006, Université de Rouen, en ligne sur : [http://www.memoireonline.com/01/07/332/m\\_frontieres-entente-abus-de-position-dominante3.html](http://www.memoireonline.com/01/07/332/m_frontieres-entente-abus-de-position-dominante3.html)., consulté le 13 mai 2017.

subordonnée au retrait de l'exemption prévue par l'article [101] du Traité.<sup>217</sup> L'on comprend donc que les autorités de concurrence sont libres d'user de l'une ou de l'autre technique, afin de sanctionner un même comportement, lorsque leurs conditions sont réunies.

Suite à ce raisonnement, il nous paraît légitime de se poser de sérieuses questions quant à la cohérence de ce système de contrôle. De nombreux auteurs parlent, à cet égard, de lacune dans l'application des articles 101 et 102 du T.F.U.E.

En effet, par exemple, une répartition des marchés<sup>218</sup> potentiellement opérée par un franchiseur impliquera fréquemment l'existence d'un accord entre les différents membres du réseau de franchise. Il est aisé de concevoir que cette entente puisse entrer dans le champ d'application de l'article 102 du Traité si l'on considère le groupe de sociétés comme une même entité économique, c'est-à-dire une entreprise.<sup>219</sup> Comme autre exemple, l'on pourrait encore citer l'affaire *Van den Bergh Foods* où le distributeur limitait la source d'approvisionnement de ses détaillants en leur offrant des congélateurs qui étaient contractuellement réservés au stockage des produits contractuels,<sup>220</sup> se rendant ainsi coupable tant d'une violation de l'article 101 du Traité que d'un abus de position dominante.

Il convient, dès lors, de se demander s'il est rationnel qu'une entreprise bénéficiant de l'exemption prévue à l'article 101, § 3 du T.F.U.E.<sup>221</sup> puisse se faire sanctionner, pour un même comportement, sur base de l'article 102 dudit Traité. Dans ce cas, nous restons perplexes quant à la réelle utilité de ce troisième paragraphe ainsi que du règlement n° 330/2010 dans la mesure où le franchiseur jouissant d'une exemption restera susceptible de se faire condamner par la Commission pour abus de sa position dominante. A notre estime, cette compétence totalement discriminatoire dans le chef des autorités de concurrence provoque une insécurité juridique indéniable.

---

<sup>217</sup> T.P.I.C.E., 10 juill. 1990, *Tetra Pack I*, T-51/89, II, pp. 359-360.

<sup>218</sup> Qui figure dans l'article 101 du T.F.U.E. relatif aux ententes mais pas dans l'article 102 relatif aux abus de position dominante. Soulignons, par ailleurs, qu'il existe une grande analogie entre la plupart des exemples qui figurent dans les deux articles qui sont, de toute manière, non exhaustifs et purement exemplatifs.

<sup>219</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 485.

<sup>220</sup> T.I.U.E., T-65/98., *Van den Bergh Foods contre Commission*, 23 octobre 2003, *Rec.* 2003, p. II-4653.

<sup>221</sup> En répondant aux quatre exigences imposées par l'article à savoir que l'entente doit être un facteur de productivité pour les partenaires et de profit pour les consommateurs, qu'elle doit respecter le principe de proportionnalité et qu'elle ne peut pas supprimer la concurrence dans le marché considéré.

Il convient néanmoins d'atténuer notre critique dans le sens où les entreprises dominantes qui sont confrontées à une interdiction *per se*, ne se voient pas totalement privées de la possibilité d'avancer des arguments justifiant leur comportement.<sup>222</sup> En effet, le Document d'orientation de la Commission sur l'article 102 du T.F.U.E. prévoit qu'une entreprise dominante peut « *démontrer soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit qu'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs* ». <sup>223</sup>

Ainsi, si les gains d'efficacité visés par la Communication peuvent consister en des améliorations techniques ou dans la réduction du coût de production ou de distribution,<sup>224</sup> ceux-ci doivent être susceptibles d'être réalisés indispensablement grâce au comportement contesté. Par ailleurs, ce dernier ne peut pas supprimer une concurrence effective en éliminant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle.<sup>225</sup> Certains considèrent qu'il s'agit là, finalement, d'une forme officieuse d'exemption.

---

<sup>222</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 268.

<sup>223</sup> Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JO C 45* du 24 février 2009, p. 7-20, § 28.

<sup>224</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 475.

<sup>225</sup> C.J.U.E., C-209/10, *Post Danmark A/S contre Konkurrenserådet*, 27 mars 2012.

## Titre 2 : La validité des clauses du contrat de franchise au regard du droit de la concurrence

Dans le premier titre du présent travail, nous nous sommes rigoureusement attachés à décortiquer, comprendre, analyser et entremêler les principes fondamentaux issus du droit de la franchise ainsi que du droit de la concurrence. Ces principes constituent des outils solides qui nous permettront, tout au long de ce deuxième titre, d'étudier la validité de certaines clauses de non-concurrence généralement contenues dans les contrats de franchise.

### Chapitre 1 : Rappel et méthodologie d'analyse

La méthodologie d'analyse appliquée par les praticiens n'est pas la même que celle proposée par les Lignes directrices sur les restrictions verticales. En effet, alors que celles-ci proposent une appréciation des restrictions verticales par le biais de quatre étapes complexes et inutiles,<sup>226</sup> il est généralement préféré de substituer à cette approche une méthodologie alternative et plus simple. Cette dernière consiste, dans un premier temps, à procéder à un filtrage des accords à la lumière des présomptions d'incompatibilité de certaines clauses.<sup>227</sup> Dans un deuxième temps, les accords qui ne relèvent pas de ces présomptions seront soumis à un examen individuel approfondi.<sup>228</sup>

Rappelons, d'ores et déjà, que le bénéfice de l'exemption est subordonné, préalablement, à la condition que le double seuil de parts de marché soit respecté,<sup>229</sup> qu'il y ait une atteinte au commerce entre différents Etats membres et que cette atteinte soit sensible.<sup>230</sup>

Si toutes les clauses contenues au sein de l'accord sont présumées valides, alors celui-ci sera réputé conforme au droit de la concurrence. Au contraire, un accord qui contiendrait une clause consistant en une restriction caractérisée engendrerait la nullité de l'ensemble de celui-ci. A ce titre, bien que la restriction caractérisée soit, en théorie, candidate à l'exemption individuelle à la lumière de l'article 101, § 3 du T.F.U.E., celle-

---

<sup>226</sup> Lignes directrices du 19 mai 2010 sur les restrictions verticales, *JOUE*, n° C 130/1 du 19 mai 2010 (ci-après « Lignes directrices sur les restrictions verticales »), § 110.

<sup>227</sup> Contenues aux articles 4 et 5 du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>228</sup> Sur base de l'article 101, § 3 T.F.U.E., N. PETIT, « Droit européen de la concurrence », *op. cit.*, p. 638.

<sup>229</sup> Art. 3 du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>230</sup> L'on parle alors d'accords *de minimis*, voir C.J.U.E., C-5/69, *Franz Völk contre S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, 9 juillet 1969 qui stipule qu'« un accord échappe à la prohibition de l'article [101] lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause ».

ci sera en pratique illusoire.<sup>231</sup> Finalement, les accords verticaux dont la validité sera soumise à une analyse individuelle seront ceux qui soit excèdent le double seuil de 30% de part de marché, soit qui impliquent plusieurs restrictions exclues, c'est-à-dire qui ne répondent pas aux exigences de l'article 5 du Règlement n° 330/2010.<sup>232</sup> L'on constate donc l'importance de l'analyse de la validité des clauses lorsqu'il s'agit de se demander si un accord est conforme, ou non, au droit de la concurrence.

## Chapitre 2 : Les clauses expressément présumées valides

### Section 1 : Notion

Au terme de notre raisonnement, l'on peut aisément déclarer qu'une clause de non-concurrence est présumée valide lorsque la restriction qu'elle provoque n'est ni une restriction caractérisée, ni une restriction exclue au sens des articles 4 et 5 du règlement n° 330/2010. Gardons à l'esprit, cependant, qu'une telle clause reste toujours susceptible de créer une situation condamnable d'abus de position dominante,<sup>233</sup> ce qui est néanmoins rare en pratique.

### Section 2 : Durée

L'on a donc vu qu'une clause présumée valide est une clause qui jouit de l'exemption prévue par le Règlement, à savoir qu'elle ne consiste ni en une restriction caractérisée, ni en une restriction exclue. Une dernière barrière, cependant, reste susceptible de s'opposer à sa validité : celle du temps.

#### *§ 1. Le Règlement n° 330/2010*

En effet, au travers des considérants du Règlement, la Commission estime que la garantie d'un marché en cause ainsi que la prévention de toute collusion sur ce marché requiert nécessairement que les obligations de non-concurrence soient limitées dans le temps.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 653.

<sup>232</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 652.

<sup>233</sup> Ce qui est, à notre estime, critiquable lorsqu'il s'agit d'un même comportement.

<sup>234</sup> Règlement, cons. 11.

A ce titre, toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou supérieure à cinq ans constitue une restriction exclue.<sup>235</sup> Par ailleurs, il est prévu qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.<sup>236</sup> Néanmoins, la limitation de la durée à cinq ans ne s'applique pas lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par le franchisé à partir de terrains ou de locaux dont le franchiseur est propriétaire ou qu'il loue à des tiers non liés au franchisé, à condition que la durée de l'obligation de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des terrains ou des locaux par le franchisé.<sup>237</sup>

En ce qui concerne la durée des clauses post-contractuelles, celles-ci seront généralement limitées à un an après l'expiration du contrat de franchise, sous réserve du respect de trois conditions cumulatives.<sup>238</sup> Si les trois conditions ne sont pas respectées ou que l'obligation de non-concurrence s'étend au-delà d'une année, alors la clause constituera une restriction exclue et devra être écartée. Enfin et assez logiquement, le Règlement prévoit qu'il est toujours possible d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction relative à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas encore tombé dans le domaine public.<sup>239</sup> Il ne s'agit là, en fait, que du respect d'un droit de propriété intellectuelle.

## *§ 2. Les lignes directrices*

Par rapport à la durée des obligations de non-concurrence, le fait que les lignes directrices soient particulièrement insistantes en la matière nous démontre bien à quel point ce facteur est essentiel lors de l'étude de la validité d'une clause.

Tout d'abord, celles-ci précisent qu'une situation de monomarquisme<sup>240</sup> d'une durée inférieure à un an ne donne pas lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles ou à des effets négatifs nets.<sup>241</sup> Par ailleurs, si la durée de l'obligation est comprise entre un et cinq ans, il conviendra alors d'opérer une mise en balance entre ses effets favorables à

---

<sup>235</sup> Art. 5, 1. a) du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>236</sup> Art. 5, 1. c), al. 2 du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>237</sup> Art. 5, 2 du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>238</sup> Ces conditions sont visées à l'art. 5., 3 du règlement et prévoient que la clause sera réputée valide si l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou les services contractuels, qu'elle est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels le franchisé a exercé ses activités durant l'exécution du contrat et enfin que l'obligation est indispensable à la protection du savoir-faire transféré.

<sup>239</sup> *Idem.*, art. 5, 3. al. 2.

<sup>240</sup> Terme qui se réfère, dans le jargon du droit de la concurrence européen, à une situation de non-concurrence.

<sup>241</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 133.

la concurrence et ses effets anticoncurrentiels.<sup>242</sup> Enfin, quelle que soit sa durée, toute position de monomarkisme engendrée par une entreprise en position dominante est suspecte et doit être examinée avec beaucoup de zèle.<sup>243</sup>

Dans le contexte du droit de la franchise, les lignes directrices soulignent principalement l'importance du savoir-faire et de l'identité d'un réseau. A cet égard, celles-ci prévoient que le transfert d'un savoir-faire substantiel<sup>244</sup> justifie une obligation de non-concurrence pour toute la durée de l'accord de fourniture.<sup>245</sup> En outre, la durée d'une obligation de non-concurrence n'est pas un facteur pertinent lorsque celle-ci, qui se rapporte aux biens ou services achetés par le franchisé, est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau. Elle ne doit pas, cependant, excéder l'accord de franchise lui-même.<sup>246</sup>

Les lignes directrices prévoient encore la possibilité pour le franchiseur d'imposer une obligation de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans à ses franchisés dans le cas d'un investissement lourd propre à la relation contractuelle.<sup>247</sup> L'on souhaite, en effet, permettre au franchiseur de supporter ses amortissements en réalisant un accord de non-concurrence ou un accord imposant des quotas.<sup>248</sup>

### Section 3 : Les différentes clauses présumées valides

Il existe de nombreuses clauses de non-concurrence qui répondent aux conditions de l'article 101, § 3 du T.F.U.E. et qui ne constituent ni des restrictions exclues, ni des restrictions caractérisées. Elles sont donc, comme nous l'avons vu, présumées valides.

#### *§ 1. Les clauses de distribution sélective et de distribution exclusive*

Il est fréquent, au sein d'un contrat de franchise, de retrouver ces deux types de clause qui assurent l'étanchéité ainsi que la qualité du réseau. Dans certains cas et sous certaines conditions, celles-ci seront présumées valides.

---

<sup>242</sup> *Idem.*

<sup>243</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 654.

<sup>244</sup> Défini à l'article 1. g) du règlement comme étant un « *savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels* ».

<sup>245</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 148.

<sup>246</sup> *Idem.*, § 190, b).

<sup>247</sup> Par exemple, l'installation ou l'adaptation d'un équipement par le fournisseur lorsque cet équipement ne peut servir que pour produire des composants destinés à un acheteur déterminé.

<sup>248</sup> *Idem.*, § 146.

## § 1.1. Principe

Alors que la distribution sélective<sup>249</sup> suppose la création d'un réseau auquel il n'est pas possible d'appartenir sans satisfaire à un certain nombre d'exigences relatives, par exemple, au personnel, aux locaux ou à la création d'une redevance d'entrée,<sup>250</sup> la distribution exclusive<sup>251</sup> implique que le fournisseur s'engage à ne vendre qu'à un seul distributeur sur un territoire déterminé.<sup>252</sup>

Ces clauses de non-concurrence sont nécessaires à de nombreux égards. Tout d'abord, elles permettent de protéger l'uniformité et la qualité du réseau en imposant, par exemple, un cahier des charges lourd en termes de savoir-faire et d'image.<sup>253</sup> Ensuite, elles occasionnent, d'une part, des économies d'échelle et elles diminuent les coûts de transaction, d'autre part. En effet, le franchiseur réduit le coût moyen de chaque unité qu'il produit en ne traitant qu'avec un franchisé - sur un territoire déterminé - à qui il vendra l'ensemble de ses quantités, plutôt que de multiplier les investissements dont les charges pécuniaires fixes auraient été répercutées sur des quantités moins importantes.<sup>254</sup> Par ailleurs, lorsqu'un franchiseur réduit la taille de son réseau, il limite le nombre de franchisés potentiels, ce qui réduit les coûts de transaction<sup>255</sup> liés à son activité.<sup>256</sup> Enfin, l'on reconnaît à ces clauses des effets incitatifs non négligeables grâce à un certain degré de protection contractuelle. Par exemple, lorsqu'il impose à ses franchisés de fournir des services de « *pre-sales* »,<sup>257</sup> le franchiseur engendre des coûts additionnels qui se reflèteront sur le prix de vente de ses distributeurs. Par conséquent, il fait face au risque que les consommateurs profitent de ces services tout en se tournant, finalement, vers d'autres distributeurs qui, ne proposant pas de tels services, offrent des prix plus avantageux. Afin d'éviter ce phénomène de « *passager clandestin* », le

---

<sup>249</sup> Voir §§ 174-184 des lignes directrices sur les restrictions verticales. Par ailleurs, la sélection peut reposer sur des critères quantitatifs ou qualitatifs qui sont, en pratique, très diffus et complexes. Voir à cet égard, T.P.I.C.E., 27 février 1992 *Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy (SNC)*, aff. T-19-91.

<sup>250</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 628.

<sup>251</sup> Voir §§. 151-167 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

<sup>252</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 151.

<sup>253</sup> *Idem.*, p. 632.

<sup>254</sup> Voir J. TIROLE, *The theory of Industrial Organization*, Cambridge, The MIT Press, 1988, p. 193 et les lignes directrices sur les restrictions verticales, pt 107, g).

<sup>255</sup> Par exemple, les coûts de livraison ou de facturation.

<sup>256</sup> Voir V. KORAH et D. O'SULLIVAN, *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 37.

<sup>257</sup> Les services d'avant-vente peuvent se traduire en services de conseil, de démonstration, d'essai etc.

franchiseur prévoit pour ses franchisés, généralement, une protection territoriale, une exclusivité de clientèle ou encore un engagement de fourniture exclusive.<sup>258</sup>

Néanmoins, les clauses de distributions sélectives et exclusives restent susceptibles de produire des effets néfastes pour la concurrence. En effet, un système de distribution limitée réduit le nombre de distributeurs et favorise la collusion entre ces derniers<sup>259</sup> en verrouillant le marché.<sup>260</sup>

Afin d'illustrer nos propos, prenons l'exemple d'un franchiseur qui exige de la part de ses franchisés qu'ils s'acquittent d'une forte redevance d'entrée ainsi que d'un cahier des charges relativement conséquent. La sélection, ici opérée par différentes clauses, limite clairement la possibilité pour les distributeurs d'entrer dans le réseau. Néanmoins, elle certifie que l'uniformité et la qualité de la marque soient respectées, ce qui préserve l'image de celle-ci et suscite, dès lors, un intérêt croissant des consommateurs.<sup>261</sup>

Selon la Cour de Justice,<sup>262</sup> une clause de distribution sélective qualitative échappe à la prohibition de l'article 101, § 1 sans même nécessiter l'exemption prévue au § 3 à la condition que « *le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient appliquées de manières uniformes à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoires* ». Au contraire, une clause de distribution sélective quantitative tombe sous le coup de l'article 101, § 1 et doit, dès lors, bénéficier d'une exemption.<sup>263</sup> En effet, un critère d'agrément qui repose sur la quantité de franchisés limite plus directement le nombre de revendeurs agréés en exigeant, par exemple, un niveau de vente minimale,<sup>264</sup> ou en limitant le nombre de vendeurs en fonction du nombre d'habitants.<sup>265</sup>

Avant l'entrée en vigueur du règlement n° 2790/1990 remplacé par le règlement 330/2010, les clauses de distribution sélective quantitative directes telles que celles prévoyant l'obligation de réaliser un chiffre d'affaire minimal tombaient sous le coup de

---

<sup>258</sup> Voir l'étude de L. TESLER, *Why should Manufacturers Want Fair Trade*, Journal of Law and Economics, 1960 et J. TIROLE, *The theory of Industrial Organization*, op. cit., p. 183.

<sup>259</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, §§ 151 et 174.

<sup>260</sup> Pour plus d'explications, voir N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 630.

<sup>261</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 107, i).

<sup>262</sup> C.J.C.E. 25 octobre 1977, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co (KG)*, aff. 26-76.

<sup>263</sup> C.J.C.E., 11 décembre 1980, *L'Oréal*, aff. 31-80.

<sup>264</sup> Décision Comm. CE n° 76-159 du 15 décembre 1975, *SABA*.

<sup>265</sup> L. VOGEL § J. VOGEL, *Traité de droit économique*, « *Droit de la distribution, droit européen et français* », op. cit., p. 161.

l'article 101, § 1. A la discrétion des autorités européennes, néanmoins, il était probable que celles-ci bénéficient de l'exemption individuelle prévue à l'article 101, § 3 en répondant aux diverses conditions fixées par l'article.<sup>266</sup> Désormais, ces dernières jouissent de l'exemption par catégorie prévues par le règlement lorsqu'elles ne constituent ni des restrictions exclues, ni des restrictions caractérisées et qu'elles respectent les exigences relatives à leur durée. En 2012, la Cour de Justice est même allée plus loin en précisant qu'il n'est pas nécessaire « *qu'un tel système repose sur des critères qui soient objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous les candidats à l'agrément* » pour autant que ces critères d'accès au réseau soient « *des critères dont le contenu précis peut être vérifié* ».<sup>267</sup>

Quant aux clauses de distributions exclusives, sous réserve des quelques exigences déjà mentionnées, celles-ci relèvent du champ d'application du Règlement 330/2010. Elles pourront, par ailleurs, toujours bénéficier d'une exemption individuelle. Il ressort que ces dernières ne peuvent pas engendrer de restrictions exclues ou de restrictions caractérisées. Ainsi, les clauses prévoyant l'imposition d'un prix minimum de vente ou des restrictions territoriales ou de clientèle<sup>268</sup> seront définitivement exclues.

### § 1.2. Exemples

Actuellement, de nombreuses clauses de non-concurrence bénéficient de l'exemption par catégorie prévue par le Règlement. Elles sont donc, par conséquent, présumées valides.

Prenons le cas des clauses par lesquelles le franchiseur exige des critères quantitatifs à ses franchisés tels qu'un chiffre d'affaires minimal ou des obligations d'achat minimum.

Auparavant, la plupart de ces clauses présentaient des critères quantitatifs qui allaient au-delà des nécessités imposées par les besoins propres à un système de distribution, ce qui provoquait une violation de l'article 101, § 1 du T.F.U.E.<sup>269</sup> Cependant, ces dernières, étant soumises à une analyse rigoureuse de la part des autorités de non-

---

<sup>266</sup> Décision Comm. CE n° 82-267 du 6 janvier 1982, *Piquaud c. SACM*, in L. VOGEL et J. VOGEL, *Op. cit.*, p. 150.

<sup>267</sup> C.J.U.E., 14 juin 2012, *Auto 24 SARL*, aff. C-158- 11, note J. VOGEL.

<sup>268</sup> Sous réserve des conditions visées à l'article 4, b) du règlement n° 330/2010.

<sup>269</sup> L. VOGEL, J. VOGEL, *Traité de droit économique, « Droit de la distribution, droit européen et français »*, *op. cit.*, p. 150.

concurrence, étaient susceptibles d'être individuellement exemptées sur base de l'article 101, § 3 du Traité en répondant à ses conditions.<sup>270</sup>

Désormais, toutes les clauses de distribution qualitatives ou quantitatives bénéficient de l'exemption par catégorie prévue au Règlement n° 330/2010 tant qu'elles ne constituent pas des restrictions caractérisées ou exclues. Par conséquent, seront expressément présumées valides les clauses imposant un volume de livraison à supporter par le franchisé, celles prévoyant l'imposition d'un chiffre d'affaires minimal ou des obligations d'achat minimum, les clauses exigeant l'acquittement d'une redevance d'entrée ou d'un cahier des charges lourd ainsi que celles qui interdisent la revente hors réseau à d'autres distributeurs non agréés<sup>271</sup>. Au contraire, des clauses prévoyant, par exemple, un prix de vente minimum seront exclues car constitutives d'une restriction caractérisée.<sup>272</sup> Enfin, certaines clauses sont expressément prévues et autorisées dans le Règlement telles que celles qui permettent les restrictions imposées aux franchisés quant à leur lieu d'établissement.<sup>273</sup>

### Chapitre 3 : Les restrictions caractérisées

L'article 4 du Règlement n° 330/2010 énumère une liste de restrictions caractérisées qui, au travers de différentes clauses, sont susceptibles d'engendrer l'exclusion de l'ensemble d'un accord de franchise du champ d'application du Règlement. Il est, par conséquent, présumé que cet accord relève de l'article 101, § 1 du T.F.U.E., ce qui provoque sa nullité. Cependant, comme nous l'avons vu, il reste possible que l'accord bénéficie d'une exemption individuelle si les entreprises concernées démontrent que la restriction caractérisée génère des gains d'efficacité favorables<sup>274</sup> à la concurrence. Cette hypothèse reste plausible, mais rare en pratique d'autant plus qu'il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions fixées par l'article 101, § 3.<sup>275</sup>

#### Section 1. La prohibition des prix imposés

---

<sup>270</sup> Décision Comm. CE n° 82-267 du 6 janvier 1982, *Piquaud c. SACM*.

<sup>271</sup> Selon la Commission, cette obligation est inhérente aux obligations du franchisé, Décision Comm. CE n° 87-14 du 17 décembre 1986, *Yves Rocher*.

<sup>272</sup> Art. 4, a) du règlement n° 330/2010.

<sup>273</sup> Art. 4, b) du règlement n° 330/2010.

<sup>274</sup> Voir en particulier les points 106 à 109 des Lignes directrices sur les restrictions verticales qui décrivent globalement les gains d'efficacité possibles liés aux restrictions verticales concernant le prix de revente.

<sup>275</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 47.

## § 1. Notions

Il est fermement défendu qu'un accord vertical conclu entre un franchiseur et ses franchisés restreigne la liberté commerciale de ces derniers qui doivent, toujours, conserver la possibilité de fixer librement leurs prix de vente.<sup>276</sup>

Le fait, pour un franchiseur, d'imposer des prix de revente à ses franchisés peut prendre diverses formes. Il peut s'agir d'un accord ou d'une pratique concertée visant, directement ou indirectement, la fixation d'un prix de revente fixe, minimal ou maximal. Soit, les dispositions contractuelles établissent directement le prix de vente, ce qui constitue une restriction flagrante, soit le prix de revente est imposé de manière indirecte par le biais d'une politique d'incitation ou de sanction.<sup>277</sup>

Cette pratique constitue une grave atteinte au droit de la concurrence pour diverses raisons précisées dans les Lignes directrices. En effet, une politique d'imposition des prix applicable à l'ensemble des franchisés réduit considérablement la concurrence intramarque tandis qu'elle accroît la transparence tarifaire, ce qui augmente le risque de collusion sur le marché. Par ailleurs, une telle politique empêche les franchisés de baisser leur prix, ce qui nuit finalement aux consommateurs finaux.<sup>278</sup>

Par conséquent, une telle pratique constitue une restriction caractérisée, visée par l'article 4 du Règlement et passible d'une condamnation générale et *per se*.

## § 2. Nuance

Cependant, ce constat doit être nuancé car il ne correspond plus à l'état actuel de l'analyse économique mondiale ni au droit applicable dans de nombreux Etats, ce qui a abouti, depuis plusieurs années, à une forte remise en question suivie d'une évolution non-négligeable de la matière en Europe.<sup>279</sup> Déjà, dans les années 1960, les recherches de l'école de Chicago dont Lester Telser<sup>280</sup> était le porte-étendard démontraient que le contrôle des prix de revente par les fournisseurs trouvait des justifications objectives,

---

<sup>276</sup> L. VOGEL, J. VOGEL, *Traité de droit économique*, « Droit de la distribution, droit européen et français », *op. cit.*, p. 130.

<sup>277</sup> Par exemple, le franchiseur versera des primes, des rabais ou d'autres avantages. Il pourra, par ailleurs, imposer un prix de vente sur le produit, menacer de suspendre les livraisons ou de résilier l'accord etc. Voir § 48 des Lignes directrices.

<sup>278</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 24.

<sup>279</sup> L. VOGEL, J. VOGEL, *Traité de droit économique*, « Droit de la distribution, droit européen et français », *op. cit.*, p. 131.

<sup>280</sup> Voir l'étude de L. TESLER, *Why should Manufacturers Want Fair Trade*, *Journal of Law and Economics*, *op. cit.*, p. 86.

voire des effets pro-concurrentiels.<sup>281</sup> Ces théories économiques ont été consacrées très rapidement par la jurisprudence américaine qui substitue à la condamnation *per se* des prix concertés une appréciation au cas par cas.<sup>282</sup> Il est, par exemple, généralement admis aux Etats-Unis, que le maintien d'un prix de revente minimum est susceptible de stimuler la concurrence intermarques, ce qui compense nettement une potentielle réduction de la concurrence intramarque.<sup>283</sup>

Les autorités européennes restent, quant à elles, relativement méfiantes vis-à-vis de ces théories en maintenant totalement l'interdiction *per se* même si une timide évolution s'est néanmoins fait ressentir au sein des Lignes directrices sur les restrictions verticales. Ainsi, celles-ci soulignent le fait que les prix de vente imposés peuvent générer des gains d'efficience « *en particulier lorsqu'un fournisseur lance un nouveau produit (...) pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question et (...) si les distributeurs sur ce marché sont soumis à des pressions concurrentielles, les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt des consommateurs* ». <sup>284</sup> Par ailleurs, des prix imposés peuvent être nécessaires pour promouvoir une campagne de prix bas coordonnée de courte durée qui profitera également aux consommateurs. Les avantages avoués par la Commission sont encore nombreux mais néanmoins strictement limités.<sup>285</sup>

### § 3. Position de la Commission

L'article 4 du Règlement n° 330/2010 prévoit donc que les clauses qui ont pour objet – étant entendu comme la capacité objective de la clause et non l'intention des parties<sup>286</sup> – de « *restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente* » constituent des restrictions caractérisées.<sup>287</sup> Il précise cependant que c'est l'imposition d'un prix de vente minimum qui ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie, les prix de vente conseillés ou maximaux étant tolérés pour autant qu'ils n'équiviennent pas à un prix de

---

<sup>281</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 628.

<sup>282</sup> L. VOGEL, J. VOGEL, *Traité de droit économique*, « *Droit de la distribution, droit européen et français* », op. cit., p. 131.

<sup>283</sup> Supreme Court of the United States, 28 juin 2007, *Leegin Creative Leather Products, Inc. V. PSKS*.

<sup>284</sup> Lignes directrices, pt. 225.

<sup>285</sup> *Idem*.

<sup>286</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 640.

<sup>287</sup> Art. 4 du Règlement (UE) n° 330/2010.

vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions ou d'incitations exercées par l'une ou l'autre partie.<sup>288</sup>

Le droit européen octroie donc le bénéfice de l'exemption par catégorie aux clauses imposant des prix maximaux ou indicatifs dans le chef des franchisés dès lors que celles-ci ne portent pas atteinte à la liberté des franchisés de fixer leur prix de revente.<sup>289</sup> Au contraire, il condamne *per se* les clauses prévoyant l'imposition de prix minimaux qui constituent des restrictions caractérisées visées à l'article 4 du Règlement n° 330/2010. Celles-ci pourront dès lors espérer bénéficier d'une exemption individuelle en établissant, à l'aide des Lignes directrices précitées, que la pratique génère des gains d'efficience qui seront étudiés conformément à l'article 101, § 3 du T.F.U.E. L'on a déjà cité, par exemple, l'organisation d'une campagne de prix bas de courte durée dont les consommateurs seront, *in fine*, les bénéficiaires.

## Section 2. Les restrictions relatives à la vente

Les restrictions relatives à la vente qui restreignent le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, les franchisés peuvent vendre leurs biens ou leurs services contractuels sont, en principe, constitutifs d'une restriction caractérisée.<sup>290</sup> Néanmoins, la Commission a très vite reconnu des effets positifs à de telles pratiques, dans certaines circonstances. Ainsi, celles-ci incitent les franchisés à investir et contribuent à maintenir l'identité commune du réseau.<sup>291</sup> Elles peuvent encore, lorsqu'elles sont limitées, être nécessaires afin d'obtenir et de protéger des investissements.<sup>292</sup>

### § 1. La distinction entre les ventes actives et les ventes passives

L'état du droit opère une distinction entre les ventes actives et les ventes passives qu'il convient donc de distinguer. Les franchisés réalisent des ventes actives lorsqu'ils prospectent les clients individuels d'un autre franchisé, sur son territoire exclusif, à l'aide de publicités ou de visites ou en y établissant un point de vente.<sup>293</sup> A l'inverse, les

---

<sup>288</sup> Ce principe était déjà affirmé dans l'arrêt *Pronuptia*, précité, qui stipulait que le fait pour un franchiseur de communiquer des prix indicatifs ne sont pas restrictives de concurrence à la condition toutefois « *qu'il n'y ait pas entre le franchiseur et les franchisés ou entre franchisés, de pratique concertée en vue de l'application effective de ces prix* ».

<sup>289</sup> Décision Comm., CE n° 88-604 du 14 novembre 1988, *Service Master*.

<sup>290</sup> Art. 4, b) du règlement n° 330/2010.

<sup>291</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 191.

<sup>292</sup> Décision Comm. CE n° 88-604 du 14 novembre 1988, *ServiceMaster*.

<sup>293</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 51.

ventes passives consistent à satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels établis sur le territoire exclusif d'un autre franchisé.<sup>294</sup>

Alors que les ventes passives sont traditionnellement autorisées au sein d'un réseau de franchise et que leur interdiction constitue, par conséquent, une restriction caractérisée,<sup>295</sup> l'interdiction des ventes actives sera, quant à elle, tantôt admise, tantôt condamnée.

## § 2. Les différentes clauses restrictives et leur licéité

Le Règlement n° 330/2010 établit donc le principe selon lequel un contrat de franchise ne peut, *a priori*, pas contenir de restrictions relatives à la clientèle à laquelle les franchisés peuvent vendre leurs produits ou leurs services.<sup>296</sup>

L'on souhaite ici éviter une répartition des marchés<sup>297</sup> en interdisant d'une part les obligations directes de ne pas vendre à certains clients, de ne pas vendre sur certains territoires ou de renvoyer à d'autres franchisés les demandes de certains clients.<sup>298</sup> D'autre part, l'on vise également les obligations indirectes destinées à dissuader les franchisés de vendre à des clients telles que le refus ou la réduction de primes, la résiliation du contrat, l'application d'un prix plus élevé pour les produits destinés à l'exportation etc.<sup>299</sup>

Il existe cependant une exception inhérente aux contrats de franchise qui prévoit qu'il est possible, pour le franchiseur, de restreindre les ventes actives de ses franchisés sur des territoires ou à des clientèles qu'il s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à d'autres franchisés.<sup>300</sup> Par ailleurs, le franchiseur est en droit de restreindre les ventes de ses franchisés à d'autres distributeurs non agréés dans le territoire réservé.<sup>301</sup> De telles clauses sont donc parfaitement valides.

---

<sup>294</sup> *Idem.*

<sup>295</sup> Ce qui exclue leur exemption en vertu de l'article 4, b) du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>296</sup> Sous peine de se rendre coupable d'une restriction caractérisée avec les effets que nous lui connaissons, art. 4, b) du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>297</sup> Les lignes directrices parlent de « *partage de marché en territoires ou en clientèles* ».

<sup>298</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 643 et Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 50.

<sup>299</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 50.

<sup>300</sup> Art. 4, b), i) du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>301</sup> Art. 4, b), iii) du règlement (UE) n° 330/2010.

Les restrictions relatives aux ventes passives restent, quant à elles, couvertes par la présomption d'incompatibilité.<sup>302</sup> Celles-ci doivent en effet toujours rester possibles.

Parmi les autres restrictions caractérisées visées par le Règlement, l'on compte celle qui consiste à restreindre les livraisons croisées entre franchisés agréés.<sup>303</sup> Ainsi, les franchisés doivent demeurer libres de s'approvisionner en biens contractuels chez le franchiseur ou chez d'autres franchisés, membres du réseau, selon leur bon choix.

Par conséquent, une clause d'approvisionnement imposée aux franchisés par le franchiseur et à son profit exclusif ou à celle d'une centrale d'achat qu'il désigne<sup>304</sup> constitue une grave entrave au droit de la concurrence.<sup>305</sup> Attention néanmoins à ce que le Règlement n° 330/2010 qualifie les clauses d'approvisionnement exclusif d'obligations de non-concurrence qui sont soumises à un régime particulier.<sup>306</sup> En effet, celles-ci sont réputées licites si les obligations d'approvisionnement constituent moins de 80% de l'approvisionnement annuel du franchisé et que la part de marché du fournisseur désigné ne dépasse pas 30%.<sup>307</sup> Dans le cas contraire, elles constituent des clauses de non-concurrence qui, comme nous l'avons déjà vu, doivent être limitées à une durée de cinq ans ou, s'il y a eu le transfert d'un savoir-faire substantiel, au temps que dure le contrat de franchise.<sup>308</sup>

Nous pouvons donc conclure,<sup>309</sup> suite à notre développement, qu'une clause d'approvisionnement exclusif sera réputée licite lorsque les obligations d'approvisionnement qu'elle contient ne dépasse pas 80% de l'approvisionnement annuel du franchisé. Par ailleurs, si la clause prévoit que le franchisé doit s'acquitter de plus de 80% de son approvisionnement auprès du franchiseur ou d'un fournisseur désigné, alors celle-ci constitue une clause de non-concurrence qui doit être limitée à 5 ans ou, s'il y a transfert d'un savoir-faire substantiel, à la durée du contrat. Enfin, la clause d'approvisionnement exclusif qui oblige le franchisé à s'approvisionner entièrement<sup>310</sup> auprès du franchiseur ou d'un autre fournisseur constitue une restriction caractérisée en vertu de l'article 4, d) du Règlement n° 330/2010 qui prohibe les

---

<sup>302</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 51.

<sup>303</sup> Art. 4, d) du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>304</sup> Voir la sentence arbitrale du 15 février 1994, *J.T.*, 1995, p. 267.

<sup>305</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 58.

<sup>306</sup> Art. 1, d) du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>307</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 90.

<sup>308</sup> *Idem.*

<sup>309</sup> Notre raisonnement semble conforme aux dire de L. et J. Vogel. Voir L. VOGEL, J. VOGEL, *Traité de droit économique*, « *Droit de la distribution, droit européen et français* », *op. cit.*, p. 205.

<sup>310</sup> À savoir 100% de son approvisionnement annuel.

obligations restreignant les livraisons croisées. Néanmoins, une telle clause ne relèvera pas de l'article 101, § 1 – et il sera donc inutile de se questionner sur sa validité au regard du Règlement – lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune ainsi que de la réputation du réseau, pour autant qu'elle n'excède pas l'accord de franchise lui-même.<sup>311</sup>

### § 3. Les ventes sur internet

Dans le monde de la distribution en général, et de la franchise en particulier, l'avènement d'internet engendra une réelle révolution qui ne fût parfois pas toujours exhaussée à sa juste valeur par le droit européen.

#### § 3. 1. La situation antérieure

Depuis une vingtaine d'années, nombreux sont les franchisés à vouloir développer leur activité par le biais d'internet, ce qui est susceptible de porter atteinte aux intérêts du franchiseur ou des autres franchisés qui bénéficient d'une exclusivité territoriale et ainsi, d'inciter les franchiseurs à limiter cette liberté.<sup>312</sup> Toute la question consistait, en fait, à savoir si les ventes sur internet constituaient des ventes actives susceptibles d'être limitées, ou des ventes passives qui doivent, quant à elles, toujours rester réalisables.

Le droit européen s'est, par rapport à cette problématique, très vite rangé du côté de la liberté de la concurrence en proclamant que chaque distributeur devait être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou vendre ses produits.<sup>313</sup> Ainsi, les lignes directrices ont considéré qu'il fallait donner une définition plus large aux ventes passives réalisées sur internet qu'à celles réalisées en dehors d'internet.<sup>314</sup>

Suite à ce principe, il s'en est suivi une série de règles telles que l'interdiction de monopole de la part du franchiseur dans le cadre de la vente et de la publicité sur internet, la possibilité néanmoins, pour ce dernier, d'imposer des normes de qualité ainsi

---

<sup>311</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 90.

<sup>312</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., pp. 442-443.

<sup>313</sup> Voir les anciennes Lignes directrices sur les restrictions verticales, p. 51.

<sup>314</sup> Le point 50 des anciennes Lignes directrices considère que « toute publicité ou action de promotion générale, soit dans les médias, soit sur internet, qui atteint des clients établis sur les territoires exclusifs d'autres distributeurs (...) mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires, par exemple, pour toucher des clients situés sur des territoires non exclusifs ou sur son propre territoire, est considéré comme une vente passive ».

que d'interdire certaines ventes actives sur internet et même d'empêcher catégoriquement toute vente sur internet pour des raisons objectives.<sup>315</sup>

### § 3. 2. Le régime actuel

Bien que le Règlement n° 330/2010 ne se préoccupe pas directement du commerce sur internet, les Lignes directrices se positionnent favorablement par rapport à la distribution en ligne, arguant ainsi qu'internet est « *un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de ventes plus traditionnelles. (...) En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits* ». <sup>316</sup> Par conséquent, il est généralement admis que la plupart des limitations relatives à son utilisation, imposées par le franchiseur, soient considérées comme des restrictions relatives à la vente et donc constitutives d'une restriction caractérisée.

En effet, la Commission a conservé les définitions relatives aux ventes actives et passives sur internet qu'elle avait antérieurement élaborées. Ainsi, la mise en place d'un site internet pour vendre ses produits est considérée, dans une grande majorité des cas, comme une vente passive<sup>317</sup> car c'est un moyen raisonnable pour les distributeurs d'atteindre les consommateurs.<sup>318</sup> Cependant, et seulement à titre exceptionnel, certaines ventes en lignes seront qualifiées de ventes actives – et pourront dès lors être limitées par le franchiseur – lorsque, par exemple, elles résulteront de courriels adressés directement à des clients établis sur d'autres territoires exclusifs ou de publicités spécifiquement adressées à certains d'entre eux.<sup>319</sup>

Néanmoins, il convient d'être attentif à l'article 4, c) du Règlement et à son régime spécifique qui prévoit que les franchisés doivent être autorisés à vendre, sur internet ou non, aussi bien activement que passivement à tous les consommateurs finaux.<sup>320</sup>

Le droit reconnaît cependant certaines limitations aux principes que nous venons d'analyser et qui découlent directement de l'ancien régime susmentionné. Tout d'abord,

---

<sup>315</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., pp. 443-447.

<sup>316</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 52.

<sup>317</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 661.

<sup>318</sup> Par ailleurs, les Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 52 précisent que même si « *l'utilisation d'un site internet peut avoir des effets au-delà du territoire et de la clientèle affectée au distributeur ; toutefois, ces effets sont le résultat de la technologie qui permet un accès facile à partir de n'importe quel lieu.* »

<sup>319</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, §§ 51 et 53.

<sup>320</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 659.

le franchiseur est en droit d'établir un contrôle des ventes en ligne afin de vérifier qu'un certain degré de qualité soit respecté par ses franchisés utilisant internet.<sup>321</sup> Il peut par ailleurs exiger que la marque de son entreprise ou son logo soient visibles dans le cas où l'un de ses franchisés recourt à une plateforme tierce afin d'écouler les produits contractuels.<sup>322</sup> Enfin, les Lignes directrices autorisent le franchiseur à exiger de ses franchisés qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques en plus du site virtuel.<sup>323</sup>

*A fortiori*, la clause par laquelle le franchiseur interdit totalement à ses franchisés de vendre en ligne est constitutive d'une restriction caractérisée au sens de l'article 4, b) du Règlement n° 330/2010. D'ailleurs, la Cour de Justice de l'Union européenne s'est attelée à condamner de pareilles pratiques notamment lorsque celles-ci étaient indirectes. Par exemple, il a été jugé qu'une clause contractuelle imposant la vente de produits cosmétiques, dans un point de vente physique, en présence d'un expert diplômé, constitue une restriction caractérisée en ce qu'elle exclut toute distribution par internet.<sup>324</sup> Dès lors et si elle ne bénéficie pas d'une exemption individuelle propre à des raisons objectives, la clause sera réputée illicite, comme cela a été le cas en l'espèce.

Enfin, les Lignes directrices nous offrent quatre exemples de restrictions caractérisées propres aux ventes passives sur internet.<sup>325</sup> Ainsi, par exemple, un franchiseur ne peut pas exiger de ses franchisés qu'ils limitent la part de leurs ventes réalisées sur internet, sans préjudice pour lui d'exiger de ces derniers qu'ils vendent au moins une certaine quantité absolue de produits hors ligne.<sup>326</sup> Il est, entre autres, également exclu qu'une clause impose de la part des franchisés qu'ils paient un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus sur internet que pour des produits destinés à être revendus autrement.<sup>327</sup>

## Chapitre 4 : Les restrictions exclues

Le Règlement n° 330/2010 postule que certaines clauses, habituellement contenues au sein des contrats de franchise, sont généralement susceptibles de porter atteinte à la libre

---

<sup>321</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 54.

<sup>322</sup> *Idem.*

<sup>323</sup> *Idem.*

<sup>324</sup> C.J.U.E., C- 439-09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi*, note VOGEL; RDC 2012.

<sup>325</sup> Voir les Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 52.

<sup>326</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 52, c).

<sup>327</sup> *Idem.*, § 52, d).

concurrence ainsi qu'aux intérêts finaux des consommateurs. Celles-ci sont donc soumises à de strictes conditions dont le respect détermine leur validité.

Néanmoins, les autorités européennes ont considéré que les atteintes engendrées par de telles clauses n'étaient pas dommageables au point de constituer des restrictions caractérisées provoquant l'exclusion de l'ensemble du contrat du bénéfice de l'exemption par catégorie.<sup>328</sup> Par conséquent, l'article 5 du Règlement vise certaines pratiques qui, lorsqu'elles ne sont pas admissibles, ne provoquent pas la nullité de l'ensemble du contrat. De la sorte, le bénéfice de l'exemption n'est perdu que pour les dispositions de l'accord qui ne satisfont pas aux conditions de l'article.<sup>329</sup> Ces clauses restrictives de concurrence, qui bénéficient de la règle de séparabilité, ce sont les restrictions exclues. Elles se déclinent de deux manières.

### Section 1. Les clauses de non-concurrence durant l'exécution du contrat

Selon le Règlement n° 330/2010,<sup>330</sup> les obligations de non-concurrence recourent elles-mêmes deux *scenarii* distincts. Ainsi, il peut s'agir soit de « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels* » soit de « *toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause* ».

La deuxième hypothèse ayant déjà été étudiée lors du précédent chapitre, il convient de se concentrer sur l'admissibilité, pour un franchiseur, d'imposer à ses franchiseés de ne pas s'engager dans une activité concurrente en ouvrant de nouveaux points de vente avec des franchiseurs concurrents ou seul dans le même secteur d'activité.<sup>331</sup>

En principe,<sup>332</sup> le Règlement admet la validité des clauses de non-concurrence durant l'exécution du contrat à la condition que la durée de celles-ci ne soit pas indéterminée ou ne dépasse pas cinq ans. En effet, une obligation de non-concurrence dont la durée

---

<sup>328</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 70.

<sup>329</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 71.

<sup>330</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, d) du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>331</sup> F. BARTOLOTTI, « Franchise et droit de la concurrence », in *Le contrat de franchise, actes du séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, p. 46.

<sup>332</sup> C'est-à-dire à la condition de ne constituer ni une restriction caractérisée, ni une restriction exclue.

excède cinq ans<sup>333</sup> est constitutive d'une restriction exclue, ce qui provoque sa nullité. Cependant, si le franchisé opère à partir de locaux dont le franchiseur est propriétaire ou qu'il loue à des tiers, il est admis que la durée de l'obligation de non-concurrence s'étende sur toute la durée d'occupation des locaux.<sup>334</sup>

Les Lignes directrices rappellent, néanmoins, que le contrat de franchise se caractérise par la transmission d'un savoir-faire mis au point et expérimenté par le franchiseur. Ce savoir-faire, qui peut être défini comme un « *ensemble de connaissances pratiques transmissibles et non immédiatement accessibles au public* »<sup>335</sup> se traduit par une méthode originale d'exploitation, propre au réseau et nécessaire à son identité ainsi qu'à son maintien.<sup>336</sup> Dès lors, cette particularité propre au contrat de franchise justifie, selon les Lignes directrices, que le transfert d'un « savoir-faire substantiel » implique une obligation de non-concurrence pour toute la durée du contrat.<sup>337</sup> En effet, le savoir-faire élaboré par le franchiseur est le fruit d'un long investissement. Il est donc nécessaire d'empêcher que ce dernier ne soit utilisé par ses concurrents.<sup>338</sup>

## Section 2. Les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation *post* contractuelle

### § 1. Notions

Bien qu'elles soient soumises aux mêmes conditions, il convient de ne pas confondre les clauses de non-concurrence *post* contractuelle avec les clauses de non-réaffiliation. En effet, alors que les premières ont pour objet de « *limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte* », les secondes se bornent à « *restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* ».<sup>339</sup>

Par conséquent, l'atteinte portée au droit de la concurrence par la clause de non-réaffiliation est nettement moins importante que celle engendrée par la clause de non-

---

<sup>333</sup> Rappelons qu'une obligation tacitement renouvelable au-delà de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée, voir Art. 5, 1. § 2 du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>334</sup> *Idem.*, art. 5., 2.

<sup>335</sup> P. CRAHAY, « Le contrat de franchise de distribution et la loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente », *op. cit.*, p. 665, n° 7.

<sup>336</sup> Y. DE CORDT, T. LEONARD, C. DELFORGE et Y. POULLET, « manuel de droit commercial », *op. cit.*, p. 358.

<sup>337</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 148. Soulignons, par ailleurs, qu'un savoir-faire est « substantiel » lorsqu'il est « *significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels* ». Voir art. 1<sup>er</sup> du règl. (UE) n° 330/2010.

<sup>338</sup> L. VOGEL § J. VOGEL, *Traité de droit économique*, « *Droit de la distribution, droit européen et français* », *op. cit.*, p. 206.

<sup>339</sup> Cass. Com., 28 septembre 2010, pourvoi n°09-13888, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 145.

concurrence, le franchisé conservant de la « *liberté dans sa solitude* ». <sup>340</sup> Parfois, néanmoins, les deux clauses peuvent engendrer des effets similaires, comme lorsque l'affiliation à un réseau est nécessaire à l'exercice de l'activité faisant l'objet de la franchise. <sup>341</sup>

La raison d'être de ces clauses est multiple. Elle consiste à éviter, d'une part, que l'ancien franchisé conserve sa clientèle au détriment de son remplaçant et à empêcher, d'autre part, que le savoir-faire continue d'être exploité par l'ancien franchisé ou communiqué, par lui-même, à un autre réseau lors d'une potentielle intégration à celui-ci. <sup>342</sup> Ces motifs justifient que ces clauses soient tolérées dans les limites de conditions très strictes, que nous allons exposer, sous peine de constituer une restriction exclue.

## § 2. Conditions cumulatives de l'exemption

Après la rupture du contrat de franchise, les obligations de non-concurrence et de non-réaffiliation sont autorisées moyennant le respect de quatre conditions cumulatives sous peine de constituer une restriction exclue. <sup>343</sup> Ainsi, l'obligation doit concerner des biens ou des services en concurrence avec les biens ou les services contractuels. Elle doit, par ailleurs, être limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels le franchiseur a exercé ses activités pendant la durée du contrat, sans jamais pouvoir excéder un an après l'expiration de l'accord. Enfin, l'obligation doit absolument être indispensable à la protection du savoir-faire que le franchiseur a préalablement transmis à son franchisé afin qu'il puisse exercer l'activité en cause. Le Règlement subordonne donc le bénéfice de l'exemption à une limitation spatiale, temporelle et relative à l'objet de la clause en question.

Ces conditions appellent toutefois à quelques précisions.

Tout d'abord, concernant la notion des termes « terrains et locaux à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat », la Cour de Justice a spécifié qu'il s'agissait « *uniquement des lieux à partir desquels les biens ou services contractuels*

---

<sup>340</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., p. 459 et J.-M. LELOUP, *La franchise, Droit et pratique*, n° 2121.

<sup>341</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., p. 459, voir Cass. Civ 2<sup>e</sup>, 10 janv. 2008, n° 07-13. 558, *Juris Data* n° 07-13. 558 : « *l'utilisation d'une enseigne de renommée nationale ou régionale et la vente de marchandises liées à cette enseigne est le fait de la quasi-totalité des commerces du type de ceux qu'exploitaient les franchisés sous l'enseigne Shopi ; (...) la clause de non-affiliation doit dès lors être assimilée à une clause de non-concurrence* ».

<sup>342</sup> F.-L. SIMON, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, op. cit., p. 464.

<sup>343</sup> Voir art. 5, § 3 du règlement (UE) n° 330/2010.

sont offerts à la vente » et non pas « l'ensemble du territoire dans lequel ces biens ou services peuvent être vendus au titre d'un contrat de franchise ». <sup>344</sup> Ce principe restreint considérablement le champ d'application d'une potentielle clause *post* contractuelle.

Ensuite, le Règlement précise qu'il entend protéger le « savoir-faire » comme étant un « ensemble secret, substantiel, et identifié d'informations pratiques » <sup>345</sup> et non comme étant un « goodwill », simplement lié à l'image du réseau. <sup>346</sup> Il n'existe donc pas, dans le chef du franchiseur, de droit à la protection générale du concept qu'il a développé. <sup>347</sup>

Enfin, rappelons que l'obligation pour le franchisé de ne pas divulguer un savoir-faire aussi longtemps que celui-ci n'est pas tombé dans le domaine public est nécessaire à la protection des droits de propriété intellectuelle du franchiseur. A cet égard, toute clause en la matière qui relèverait de l'article 101, § 1 du T.F.U.E. se verrait automatiquement couverte par le Règlement. <sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> C.J.U.E., 7 février 2013, *La retouche de Manuala SL c. la retouche de Burgos SC*, aff. C-117/12.

<sup>345</sup> Art. 1., g) du règlement (UE) n° 330/2010.

<sup>346</sup> F. BARTOLOTTI, « Franchise et droit de la concurrence », in *Le contrat de franchise, actes du séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, p. 46.

<sup>347</sup> Bruxelles, 23 janv. 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 942. Voir n° 191.

<sup>348</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 45., L. VOGEL, J. VOGEL, *Traité de droit économique*, « Droit de la distribution, droit européen et français », *op. cit.*, p. 206.

## Conclusion

Dès les premières lignes de ce travail, nous nous étions fixés l'objectif d'analyser et de critiquer la relation qu'entretenaient le droit commercial de la franchise et le droit de la concurrence.

Nous avons donc, d'une part, le contrat de franchise. Cette institution, en plus d'être ancienne, s'est développée de manière phénoménale au point de devenir une actrice incontestable de l'activité économique mondiale. La franchise jouit, par ailleurs, d'une grande flexibilité en connaissant de nombreuses formes variant tant par leur objet que par leur structure organisationnelle. Légalement innommée en droit belge, nous avons vu que le droit européen, auquel la jurisprudence belge fait maintes fois référence, s'était chargé d'en donner une définition claire et concise.

Nous avons, d'autre part, le droit de la concurrence dont le législateur européen s'octroie l'apanage. Ce sont ainsi, dans l'optique de notre étude, les principes de base du droit de la concurrence européenne qui forment le socle juridique sur lequel repose la franchise et ce n'est, *a fortiori*, que sous l'angle du droit de la concurrence que le législateur européen appréhende le contrat de franchise.

Dans ces circonstances, toute l'ambition était d'atteindre un équilibre entre la protection du jeu normal de la concurrence et l'intégrité du système de franchise qui ne peut se concevoir sans certaines restrictions à la concurrence. Comment concevoir, en effet, dans un grand espace de marché où les entreprises doivent être en mesure de se concurrencer qu'il existe de pareilles restrictions au droit de la concurrence ?

Il ne fût, à ce titre, pas difficile de justifier ces restrictions. C'est en effet la structure même du système de franchise qui exige ces dernières par le biais de la protection du savoir-faire et de l'identité commune du réseau. L'école de Chicago s'est, par ailleurs, évertuée à trouver des effets positifs à certaines de ces restrictions. Ainsi, il a été démontré que celles-ci constituent un réel stimulant à la concurrence et à l'activité économique et peuvent engendrer des richesses qui contrebalancent largement certains effets néfastes. Ces théories sont, aujourd'hui, communément admises bien que les Etats-Unis soient plus courageux en la matière en acceptant, par exemple, le maintien d'un prix de revente minimum par le franchiseur.

Ce long travail, qui vise à se demander dans quelle mesure les clauses contenues dans les contrats de franchise sont compatibles avec le droit européen a, comme on le sait, débuté dès l'arrêt *Pronuptia* qui fût la pierre angulaire de toute la matière.

De manière générale, le droit européen a appréhendé notre problématique avec l'article 101, §3 du T.F.U.E. qui permet l'exemption de certains comportements constitutifs d'une entente et c'est au nom de la mise en œuvre de cet article que trois règlements ont été élaborés. Bien que la méthodologie qu'ils consacrent ait un peu évoluée, ceux-ci sont toujours restés fidèles aux mêmes idées.

Actuellement, le règlement (UE) n° 330/2010 consacre trois types de clauses ayant chacune des conséquences distinctes. Suite à notre étude, il nous semble que le législateur européen a su trouver une certaine harmonie dans la consécration de celles-ci. Bien qu'il existe néanmoins certaines incohérences, comme nous l'avons constaté, dans le fait qu'un même comportement constitutif aussi bien d'une entente que d'un abus de position dominante puisse être exempté pour le premier et pourtant condamné pour le second,<sup>349</sup> nous jugeons qu'il n'est point exagéré de parler de « mariage heureux » entre les deux matières.

---

<sup>349</sup> La critique a cependant été atténuée car il reste toujours possible, en pratique, pour l'entreprise de justifier soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit qu'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs.

# Bibliographie

## Législation

### Législation européenne

- Articles 101 [anciennement 81] et 102 [anciennement 82], T.F.U.E.
- Règl. (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85, § 3, du Traité à certaines catégories d'accords de franchise, *J.O.C.E.*, L 359 du 28 décembre 1988.
- Règl. (CE) n° 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et pratiques concertées, *J.O.C.E.*, L 336 du 29 décembre 1999.
- Règl. (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.U.E.*, L 102 du 23 avril 2010.
- Communication de la Commission, du 13 octobre 2000, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *J.O.C.E.*, C 291 du 13 octobre 2000.
- Communication de la Commission européenne, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *J.O.U.E.*, C 130 du 19 mai 2010.
- Communication de la Commission, du 27 avril 2004, « Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité », *J.O.C.E.*, C 101 du 27 avr. 2004
- Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.*, C 372 du 9 décembre 1997.
- Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *J.O.U.E.*, C 45 du 24 février 2009.
- Code de déontologie européen de la franchise, rédigé par la Fédération européenne de la franchise, *J.C.P. E.*, 1990, (<http://www.fbf-bff.be/opportunites/code-de-deontologie-fbf/>).

## Législation belge

- C. civ., art. 1134, 1156.
- Code de droit économique., Livre X.
- Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans les accords de partenariat commercial, *M.B.*, du 18 janvier 2006.
- Loi du 2 avril 2014 portant insertion du livre X, « Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre I<sup>er</sup> du Code de droit économique, *M.B.*, du 28 avril 2014.
- Proposition de loi réglementant la franchise en vue d'améliorer les pratiques commerciales dans ce secteur, 17 mars 2004, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2003-2004, n° 51 0924/001.
- *Doc. parl.*, Ch. Repr., n° 51 0265/001, 8 octobre 2003.
- *Doc. parl.*, Ch. Repr., n° 51 0361/001 du 30 octobre 2003.
- *Doc. parl.*, Ch. Repr., n° 51 0924/001 du 17 mars 2004.
- *Doc. parl.*, Ch. Repr., n° 51 1687/001, sess. 2004-2005.

## Législation étrangère

- "Disclosure requirements and prohibitions concerning franchising and business opportunities ventures" du 21 octobre 1979 (*Full Disclosure Act*).

## Avis

- Commission d'arbitrage, avis n° 2013/13 du 28 mars 2013 relatif aux clauses des contrats de partenariat commercial susceptibles de constituer un obstacle à la sortie d'un réseau de distribution et d'entraîner une augmentation des prix de vente aux consommateurs. ([http://economie.fgov.be/fr/entreprises/reglementation\\_de\\_marche/Pratiques\\_commerce/Franchise/avis\\_commission\\_arbitrage/#.V7BHz2M5YdV](http://economie.fgov.be/fr/entreprises/reglementation_de_marche/Pratiques_commerce/Franchise/avis_commission_arbitrage/#.V7BHz2M5YdV)).

## Doctrine

- ALFANDARI, E., « Le droit économique en France » in *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2003.
- BARTOLOTTI, F., « Franchise et droit de la concurrence », in *Le contrat de franchise, actes du séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

- BESSIS, P., *Le contrat de franchisage*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- BLASSELLE, R., *Traité de droit européen de la concurrence*, t. I, Paris, Publisud, 2002.
- BRUNET, F., « La nouvelle politique de la Commission européenne à l'égard des ententes horizontales : ententes illicites et coopération licite », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence, sous la direction de F. BRUNET et G. CANIVET*, Paris, L.G.D.J., 2008.
- CRAHAY, P., « Le contrat de franchise de distribution et la loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente », *R.D.C.*, 1985.
- De CORDT, Y., LEONARD, T., DELFORGE, C., et POULLET, Y., « manuel de droit commercial », Bruxelles, Arthémis, 2011.
- DE HALLER, T., *Le contrat de franchise en droit suisse*, Thèse dactyl., Université de Lausanne, 1978.
- COMITÉ BELGE DE LA DISTRIBUTION, « Le franchising », Bruxelles, 1971.
- DEMOLIN, P., *Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000*, Bruxelles, De Boeck, 2001.
- DEMOLIN, P., *Le Contrat de Franchise*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- DEMOLIN, P. et DEMOLIN, V., *Le contrat de franchise, Dossiers du J.T.*, n°80, Bruxelles, Larcier, 2011.
- DESSEMONTET, F., *Le savoir-faire industriel – Définition et protection du « know how » en droit américain*, Thèse dactyl., Université de Lausanne, 1973.
- FERRIER, D., *Droit de la distribution*, Paris, Litec, 2006.
- FIERENS, J.-P « De masterfranchise », *R.D.C.*, 2013.
- GAST, O., « Aperçu général de la loi américaine sur le franchising », *Rev. trim. dr. com.*, 1982.
- KILESTE, P., et STAUDT, C., *Contrat de franchise*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- KORAH, V., et O'SULLIVAN, D., *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- LOMBART, A., « Les codes de déontologie », in *Le contrat de franchise, actes du séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- LELOUP, J.-M., *Droit et pratique de la franchise, « ce qu'il faut savoir »*, Paris, J. Delmas et Cie, 1983 ;
- LELOUP, J.-M., *La franchise, Droit et pratique*, Paris, Dalloz, Encyclopédie Delmas, 3<sup>e</sup> éd., 2000.
- MALAURIE-VIGNAL, M., *L'abus de position dominante*, Paris, L.G.D.J., 2003.

- MATRAY, C., *Le contrat de franchise*, Bruxelles, Larcier, 1992.
- MATRAY, D., « Le contrat de franchise, introduction générale », in *Le contrat de franchise, actes du séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- MICHMACHER, M., « Ouverture de la journée d'étude de la « loi Doubin » du 29 mars 1990 », *Sem. jur.*, Edit. E., 1990.
- NEGRE, C., *La franchise aujourd'hui*, Paris, Entreprise moderne d'édition, 1988.
- PAPPALARDO, A., « Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords verticaux », *R.D.U.E.*, 2000.
- PÉNARD, Th., RAYNAUD, E., et SAUSSIÉ, S., « Théories des contrats et réseaux de franchise : analyse et enseignement », Paris, *Revue française d'économie*, 2004.
- PETIT, N., *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien, 2013.
- SBAÏ, Z., *Les frontières entre l'entente et l'abus de position dominante*, Mém. Dactyl., 2006, Université de Rouen.
- SIMON, F.-L., *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Paris, Joly, 2009.
- STYRER, J., *La franchise en France : Le concept de distribution verticale à la loupe*, Mém. dactyl., 1998.
- TESLER, L., *Why should Manufacturers Want Fair Trade*, Journal of Law and Economics, 1960.
- TESTON, J.-C., TESTON-CHAMES, G., *Le franchising et les concessionnaires*, Paris, J. Delmas et Cie, 1973.
- VAES, O., *Franchising – Guide pratique pour juristes*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 43.
- VAES, O., *Franchising – Praktijkids voor juristen*, Anvers, Intersentia, 2005.
- VALLINDAS, G., *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- VAN DEN ABEELE, F., *Franchising*, Waterloo, Kluwer, 1989, p. 35, n°1.
- VEROUGSTRAETE, I., « Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchisage », in *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1990.
- VIDTS, F., « Le contrat de franchise et les droits intellectuels », in *Le contrat de franchise, actes du séminaire organisé à Liège le 29 septembre 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

- VOGEL, L., et VOGEL, J., *Traité de droit économique*, « *Droit de la distribution, droit européen et français* », Paris, Bruylant, 2015, p. 209.
- VOGEL, L., *Traité de droit économique*, t. I, « *Droit de la concurrence européen et français* », Paris, Lawlex, 2012
- TIROLE, J., *The theory of Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, 1988.
- WAGEMANS, M., *Concession de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- XOUDIS, J., *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, droit suisse et communautaire dans une perspective économique*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

## Jurisprudence

### Jurisprudence européenne

- C.J.C.E., *Franz Völk c/ SPRL Ets J. Vervaecke*, du 9 juillet 1969, Affaire 5/69, *Rec. C.J.C.E.*, 1969, p. 1969.
- C.J.C.E., *Imperial Chemical Industries Ltd.*, du 14 juillet 1972, Affaire 48/69, *Rec. C.J.C.E.*, 1972, p. 619.
- C.J.C.E., *Metro SB-Grossmärkte GmbH § Co (KG)*, du 25 octobre 1977, Affaire 26/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1977.
- C.J.C.E., *Hoffmann-La Roche c. Commission*, du 13 février 1979, Affaire 85/76, *Rec. C.J.C.E.*, p. 461.
- C.J.C.E., *L'Oréal*, du 11 décembre 1980, Affaire. 31/80, *Rec. C.J.C.E.*, 1980.
- C.J.C.E., *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, du 28 janvier 1986, Affaire 161/84, *Rec. C.J.C.E.* 1986, p. 353.
- C.J.U.E., *Adalat*, du 6 janvier 2004, Affaire C-2/01 et 3/01, *R.J.D.A.*, 2004, n° 759.
- C.J.U.E., *Motoe*, du 1er juillet 2008, Affaire C-49/07, *Rec. C.J.U.E.*, 2008.
- C.J.U.E., *Kokurrensverket c. Téliá Sonera Sverige AB*, du 17 février 2011, Affaire C-52/09, *R.J.D.A.*, 2011.
- C.J.U.E., *Post Danmark A/S contre Konkurrenserådet*, du 27 mars 2012, Affaire C-209/10, *Rec. C.J.U.E.*, 2012.
- C.J.U.E., *Auto 24 SARL*, du 14 juin 2012, Affaire C-158/11, *Rec. C.J.U.E.*, 2012.

- C.J.U.E., *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi*, du 13 octobre 2011, Affaire C- 439/09, *R.J.D.A.*, 2012.
- C.J.U.E., *La retouche de Manuála SL c. la retouche de Burgos SC*, du 13 février 2013, Affaire C- 117/12, *Rec. C.J.U.E.*, 2013.
- T.P.I.C.E., *Tetra Pack I.*, du 10 juillet 1990, Affaire T-51/89, II, pp. 359-360.
- T.P.I.C.E., *Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy (SNC)*, du 27 février 1992, Affaire T-19/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1992.
- T.P.I.C.E., *Langnese-Iglo*, du 8 juin 1995, Affaire T-7/93, *Rec. C.J.C.E.*, 1995, p. II-1533.
- T.P.I.C.E., *FIFA*, du 28 janvier 2005, Affaire T-193/02, *Rec. C.J.C.E.*, 2005, II, p. 209.
- T.I.U.E., *Van den Bergh Foods contre Commission*, du 23 octobre 2003, Affaire T-65/98, *Rec. 2003*, p. II-4653.
- T.I.U.E., *Amann & Söhne et Cousin Filterie c. Commission*, du 28 avril 2010, Affaire T-446/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2010.
- Décision Comm. CE n° 76-159 du 15 décembre 1975, *SABA*.
- Décision Comm. CE n° 82-267 du 6 janvier 1982, *Piquaud c. SACM*.
- Décision Comm. CE n° 88-604 du 14 novembre 1988, *Service Master*.
- Décision Comm. CE n° 89-536 du 15 septembre 1989, *Ilmeinkauf deutscher Fernsehanstalten*.
- Décision Comm. CE n° 1999-573 du 20 mai 1999, *Cégétel + 4*.
- Décision Comm. CE n° 38-281 du 29 octobre 2005, aff. *Tabac brut-Italie*.

#### Jurisprudence belge

- Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 217.
- Cass., 11 septembre 1978, *R.D.S.*, 1979, p. 53.
- Cass., 9 décembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 366.
- Cass., 22 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003.
- Cass., 28 avril 2003, *J.T.T.*, 2003.
- Cass., 28 septembre 2010, *Bull. civ.*, 2010, IV, n° 145.
- C. Trav. Mons, 22 janv. 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 247.
- Bruxelles, 23 janv. 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 942.
- Liège, 9 janv. 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 516. Voir n° 75.
- Comm. Tournai, 9 janv. 1991, *R.D.C.*, 1993, p. 960.
- Comm. Liège, 15 sept. 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1658.

- Comm. Charleroi, 22 nov. 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1668.
- Comm. Bruxelles, 3 juillet 1988, *R.D.C.*, 1999, p. 291.
- Trib. Trav. Charleroi, 14 mai 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 377.

#### Jurisprudence étrangère

- C.A. Paris, 28 avr. 1978, *Juris-Data* n° 763557, *Cah. Dr. Entr. Distribution* 1980 n°5, p. 5, note J.-M. LELOUP.
- C.A. Paris, 6 juill. 1995, *Petites Affiches*, 29 juillet 1996, n° 91 et obs. Y MAROT.
- Supreme Court of the United States, 28 juin 2007, *Leegin Creative Leather Products, Inc. V. PSKS*.

#### Divers

- Larousse, Grand dictionnaire universel du XIXe siècle, t. VIII, sous rubrique.
- FORTUNE, décembre 1969, « *In the franchise business anything goes* ».

#### Références internet

- Site de la Fédération européenne de la franchise : <http://www.eff-franchise.com>.
- Site de la Fédération belge de la franchise : <http://www.fbf-bff.be>.





