

LA SEMAINE JURIDIQUE

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE



JURIS-CLASSEUR
PÉRIODIQUE

**EDITION
ENTREPRISE**

63^e ANNÉE — N° 12 — 23 MARS 1989

Supplément

1

1989

LES NOUVEAUX RÈGLEMENTS COMMUNAUTAIRES

• FRANCHISE DE DISTRIBUTION ET SERVICES

J. ACQUAVIVA
F. BOMPARD
M.-C. BOUTARD-LABARDE
J. BREVILLE
J.-J. BURST
F. DELBARRE

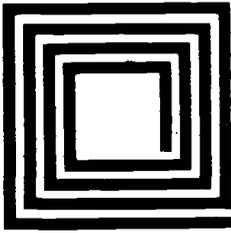
J. DUBOIS
D. FERRIER
O. GAST
J.-P. DE LA LAURENCIE
J.-M. LELOUP
M. MICMACHER

• LICENCE DE SAVOIR-FAIRE

J.-B. BLAISE
G. BONET
D. FERRIER
J.-H. GAUDIN
S. GUTTUSO

M. DE HAAS
Ch. LE STANC
J.-M. MOUSSERON
J. SCHMIDT
M. VIVANT

Prix : 58 F



FONDATION
NATIONALE
POUR
LE DROIT DE
L'ENTREPRISE

CONSEIL D'ADMINISTRATION

Présidents d'honneur : M. J.-R. KAUFFMANN, Avocat à la Cour de Paris.
M. P. PUUYRAVEAU, Président d'honneur de l'Institut français des Conseils fiscaux.
M. Ch. REYNAUD, Conseil scientifique de la F.N.D.E.
M. R. SIE, Président d'honneur de l'A.F.J.E.

Président : P^r J.-M. MOUSSERON, Directeur de l'École du Droit de l'Entreprise.

Vice-Présidents : M. P. CHIFFAUT-MOLIARD, Président de la Commission Nationale des Conseils juridiques.
M. J.-C. COULON, Président de l'Association Nationale des Conseils Juridiques.
F. HOPPENOT, Président de l'Association Française des Juristes d'Entreprise.

Trésorier : M. M. FAIVRE, Secrétaire général de l'A.N.C.J.

Membres : M. LE PRÉSIDENT DU CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT,
P^r BISCHOFF, Directeur du Centre de Droit des Affaires de Strasbourg.
M. BRET, Vice-Président de l'A.N.C.J., Président de l'A.R.A.D.E. (Lyon).
P^r BURST, Directeur du Centre d'Études Internationales de la Propriété Industrielle (C.E.I.P.I.).
P^r CASIMIR, Professeur à la Faculté de Droit de Dijon.
M^{me} L. CLAEYS, Présidente du SYNCODS.
P^r DAIGRE, Directeur de l'Institut de Droit de l'Entreprise de Poitiers.
M. M. DALSACE, Président de l'A.S.P.I.
M. DEBOUX, Institut Français des Experts-Comptables.
M. EBRARD, Président de l'Institut Français des Conseils Fiscaux.
M. MATTEOLI, Président de la Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats.
P^r C. HOUIN-SAINT-ALARY, Directeur du C.D.A. de Toulouse.
Ph. OUDENOT, Président de l'A.N.D.J.C.E.
P^r MERCACAL, Professeur au C.N.A.M.
P^r PAILLUSSEAU, Directeur du Centre de Droit des Affaires de Rennes.

Conseillers techniques : P^r P. ANCEL, Professeur à la Faculté de Droit de Saint-Étienne.
M. J. BARTHÉLÉMY, Conseil Juridique, ancien Président du SYNCODS.
M. F. BON, Président d'Honneur de l'A.N.D.J.C.E.
P^r M. COZIAN, Professeur à la Faculté de Droit de Dijon.
P^r J. DAVID, Directeur de l'ILER de Poitiers.
M^{me} de RAMBURE, Conseiller auprès du C.N.P.F.
M. R. DESCOTTE, Conseil Juridique, ancien Président du SYNCODS.
P^r KOVAR, Directeur du Centre d'Études Européennes de l'Université de Strasbourg.
M^e LELOUP, Avocat, ancien Président de la F.N.U.J.A.
P^r LESGUILLONS, Professeur à la Faculté de Nanterre, Directeur de la Revue de Droit des Affaires internationales.
M^{me} A. MARVISI-BONTEMPS, Présidente d'Honneur de l'A.N.D.J.C.E.
P^r J.-E. RAY, Directeur du D.E.S.S. de Droit des Affaires d'Angers.
M. D. RÉGNIER, Ancien Président de l'Association des Juristes de banque.
P^r REINHARD, Directeur du D.J.C.E. de Lyon.
M^e B. RICHARD, Avocat à la Cour de Grenoble, chargé des relations F.N.U.J.A.-F.N.D.E.
P^r J. SCHMIDT, Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
M^{me} E. THOURET-LEMAITRE, Présidente d'honneur de l'A.S.P.I.

Secrétariat général : M^{me} B. SCHMIDT, 9, rue Richepanse, 75008 Paris. Tél. 42.60.10.18.

LA SEMAINE JURIDIQUE

Les *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, supplément de *La Semaine Juridique*, édition « Entreprise » font le point tous les deux mois sur un thème de Droit de l'Entreprise.

Direction :

J.-M. MOUSSERON, Professeur à la faculté de droit de Montpellier, Directeur de l'École du Droit de l'Entreprise.

Rédaction :

M. E. ANDRÉ, Assistante à la Faculté de Droit de Montpellier, Centre du Droit de l'Entreprise, Faculté de Droit, 39, rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex. Tél. 67.61.54.01 et 67.66.25.81.

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE

Abonnement :

Service Commercial de *La Semaine Juridique*, 123, rue d'Alésia, 75014 Paris. Tél. 45.39.22.91.

Abonnement annuel à *La Semaine Juridique* — *Cahiers de Droit de l'Entreprise* :

France métropolitaine : 769,83 F + T.V.A. 2,10 % : 16,17 F = 786 F Franco.

Étranger : Europe : 865 F Franco ; autres pays et tarif aérien sur demande.

ÉDITIONS TECHNIQUES

S.A. au capital de 9.900.000 francs
Siège social : 18, rue Séguier, 75006 Paris

La Fondation pour le Droit de l'entreprise, la Fédération Française de la Franchise et le L.E.S. France ont organisé à Paris les 12 et 13 décembre 1988, deux journées d'études dont les Cahiers Droit de l'Entreprise sont heureux de publier les rapports.



J.-J. BURST



J.-P. DE LA LAURENCIE



F. DELBARRE

Le règlement d'exemption concernant la franchise vient de voir le jour et je souhaite qu'un travail en profondeur soit fait et que soient dégagées les raisons réelles et les limites de ce règlement.

Comme vous le savez, la franchise est une technique permettant la synthèse d'une approche individuelle d'un commerçant qui veut conserver initiative et responsabilité, avec la notion de groupe, c'est-à-dire avec une audience, une notoriété nationale, européenne, internationale, mondiale. Ce qui évoque cette liaison c'est la marque et le savoir-faire.

La marque est l'un des points les plus importants de la franchise et elle est un des éléments fédérateurs du réseau de franchise qui est en définitive la conséquence nécessaire du bon fonctionnement d'une franchise.

Qui dit réseau dit cohérence et cette cohérence passe par certaines limites d'initiatives individuelles et de liberté, lesquelles peuvent être considérées comme un élément opposé au Traité de Rome (article 85-1). Voilà pourquoi il est apparu nécessaire, à travers les possibilités de l'article 85-3 de donner à la franchise le principe d'une dérogation économiquement utile et de marquer les limites de ce qui peut être fait.

Le mot règlement est ambigu car ce n'est pas un règlement de la franchise : il s'agit d'une exemption, c'est-à-dire de savoir comment la franchise pourra continuer à se développer dans le cadre du Traité de Rome.

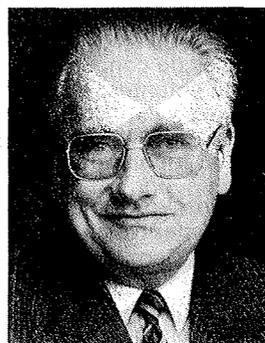
J. BREVILLE,
Président de la Fédération Française de la Franchise.



J. DUBOIS



O. GAST



J. BREVILLE



M. MICMACHER

LES PRÉCÉDENTS COMMUNAUTAIRES AU RÈGLEMENT « FRANCHISE »

F. BOMPARD,
Secrétaire général de la F.F.F.
Vice-Président d'Yves Rocher.

et

M. MICMACHER,
Vice-Président de la F.F.F.
Vice-Président Pronuptia.

Quand on parle de précédents communautaires au règlement franchise, il existe un ordre chronologique qui risque de bousculer les idées reçues puisque le point de départ « officiel » auquel tout le monde se réfère est l'arrêt de la Cour de Justice de Luxembourg dit « arrêt Pronuptia » du 28 janvier 1986.

C'est le vide juridique relatif antérieur à cette date qui nous avait préoccupé dès 1981 à l'époque où notre « chaîne de distributeurs » en France et « nos chaînes de franchise » dans les pays européens, en particulier dans la C.E.E., connaissaient un essor très important.

Je voudrais donc dans les quelques minutes qui me sont imparties vous donner un éclairage sur les motivations du dépôt de nos contrats européens, puis, rappeler brièvement les apports de la décision Yves Rocher du 16 décembre 1986 sans interférer je l'espère, sur l'expérience vécue par mon ami Michel Micmacher, expérience qui prise globalement avec la nôtre représente la pierre angulaire de la reconnaissance juridique en Europe du système économique qu'est la Franchise.

I. — LES MOTIVATIONS

A. LE VIDE JURIDIQUE APPARENT...

Ainsi que je viens de le dire, notre motivation première pour justifier notre dépôt à Bruxelles était un vide juridique relatif à la Franchise.

— Il n'y avait pas de lois nationales, c'est-à-dire pas de loi en France ni en Belgique, Hollande, etc... Certains pourraient penser que j'y vois comme un regret. Que l'on ne se méprenne pas sur mes propos. En 1982, j'étais déjà très opposé à l'intervention du législateur dans le domaine de la Franchise mais, la seule existence d'un code de déontologie rédigé par les fondateurs de la Fédération Française de la Franchise ne donnait qu'un axe de bonne conduite mais pas de garantie sur la validité de nos contrats. Il était donc tentant d'aller voir l'existant juridique sur un autre terrain.

— L'article 85 du Traité de Rome réservait après analyse quatre possibilités seulement :

1° Soit une attestation négative assurant ainsi qu'aucune clause de nos contrats n'était contraire aux principes édictés par l'alinéa 1 de cet article. Cela nous renvoyait en cas de conflit d'interprétation, vers les droits nationaux au sein desquels les règles de concurrence en particulier sur le refus de vente, les ententes, etc... nous semblaient trop disparates d'un pays à l'autre et encore inadaptés à la réalité économique de la Franchise qui était en train de se développer.

2° La deuxième possibilité était de voir nos contrats qualifiés d'intérêt mineur conformément à la jurisprudence édictée par l'arrêt Bagatelle. Dans ce cas nous revenions au problème précédent et à l'application dans chaque état membre de règles nationales inadéquates pour résoudre les problèmes potentiels qui ne peuvent manquer de surgir, au moins marginalement, dans les grands réseaux comme le nôtre.

3° La troisième éventualité était la sanction et l'interdiction pure et simple de tous nos contrats dans tous les états membres. On peut imaginer les conséquences financières et économiques d'une telle situation, mais il faut se souvenir qu'en 1982, il était nécessaire de convaincre les décideurs d'Yves Rocher de l'intérêt d'un dépôt à la Commission de Bruxelles et que les Conseils extérieurs à notre entreprise ayant de bonnes notions des droits européens et une vision quasi-prophétique leur permettant de distinguer la Franchise de la concession exclusive ou de la distribution sélective n'étaient pas légion à venir nous aider dans notre démarche volontariste.

Je me dois ici de rendre hommage au travail de fourmi réalisé par Francis Delbarre du Bureau Francis Lefebvre qui nous a assisté pendant près de trois ans pour analyser toutes les situations et toutes les conséquences possibles des différentes clauses de tel ou tel contrat national. Qu'il en soit ici publiquement remercié.

4° Restait la quatrième et dernière possibilité liée au dépôt de nos contrats : l'exemption. Mais l'exemption collective n'existait pas en la matière ; restait l'exemption individuelle sans aucun précédent dans la Franchise.

B. LES MOTIVATIONS ISSUES DES DONNÉES ÉCONOMIQUES ET LES CLAUSES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

Or, face à toutes ces incertitudes juridiques, notre franchise prenait une dimension de plus en plus européenne et comportait — par essence ou par nature — comme la quasi-totalité des franchises que nous connaissions des clauses restrictives de concurrence.

1° Les données économiques

En effet, les parts du marché nationales du groupe Yves Rocher étaient à l'époque de :

2,4 % en Allemagne,
6 % en Belgique,
7,5 % en France,
3 % aux Pays-Bas,

moins de

1 % au Royaume-Uni.

Les chiffres d'affaires réalisés dans la C.E.E. étaient de

0,870 milliard de FF en 1981
1,120 milliard de FF en 1982
1,412 milliard de FF en 1983
1,839 milliard de FF en 1984

Le nombre de magasins dans la C.E.E. était de 884 fin 1984 dont :

600 en France
85 en Allemagne
133 en Belgique
31 en Hollande
35 en Grande-Bretagne

2° Les clauses restrictives de concurrence

Quant aux clauses restrictives de concurrence que nous avons recensées.

- il s'agissait de la concession d'un territoire exclusif pour le franchisé, assortie d'un droit exclusif d'utiliser les signes distinctifs Yves Rocher et son savoir-faire pour la vente au détail en magasin pendant la durée du contrat.

- il s'agissait aussi de l'exclusivité d'achat des produits portant la marque Yves Rocher auprès du seul franchiseur, et, une exclusivité de vente des produits portant la marque Yves Rocher avec une tolérance possible après accord particulier.

- enfin, il s'agissait de la clause de non-concurrence pendant et après le contrat. En effet au cours du contrat, nous interdisions expressément au franchisé d'exercer directement ou indirectement des activités rémunérées ou non qui seraient concurrentes de celles déployées dans un de nos Centres de Beauté ; en fin de contrat, le franchisé s'interdisait de concurrencer Yves Rocher directement ou indirectement, fût-ce comme salarié, pendant une durée de un an à l'intérieur du territoire exclusif préalablement concédé.

3° Clauses interdites

Par ailleurs, dans le contrat de distribution qui faisait la loi des parties en France dans le début des années 1970 (on ne parlait pas encore de franchise), deux dispositions étaient pour le moins critiquables à nos yeux, du seul fait de leur existence formelle dans les contrats bien qu'elles n'aient jamais fait l'objet d'application réelle puisqu'elles étaient à tout le moins illégales ;

Je veux parler de la clause de prix imposés d'une part et de l'interdiction absolue des livraisons croisées sans distinction du pays d'implantation dans la C.E.E. ou hors de la C.E.E., soit du franchisé livreur, soit du franchisé livré.

Ainsi :

- attiré par les vides juridiques nationaux dont les conséquences pouvaient être considérablement négatives s'ils n'étaient pas comblés (au moins partiellement) ;

- motivé par notre croissance exponentielle dans la plupart des états membres de la C.E.E. ;

- inquiet de la validité relative dans la C.E.E. de certaines clauses restrictives de concurrence sur lesquelles reposait à nos yeux le principe même de la Franchise tel qu'on avait pu le cerner lors de notre approche du marché américain, nous déposons entre le mois d'octobre 1984 et janvier 1985 toutes les formes de nos contrats européens. Il avait fallu trois ans de préparation.

La Commission ouvrait une enquête cinq mois plus tard et après quelques 16 mois d'instruction pratiquement sans interruption avec les représentants de la DG IV, elle rendait sa décision le 17 décembre 1986 publiée au *J.O.C.E.* du 10 janvier 1987.

On ne peut passer sous silence la qualité des représentants de la DG IV qui sans préjugé aucun, se montraient soucieux de la plus grande rigueur et objectivité dans leur analyse. Qu'ils en soient félicités.

II. — LES APPORTS DE CETTE DÉCISION

1° Les contrats Yves Rocher sont des contrats de franchise :

- puisqu'il existe — une marque protégée dont Yves Rocher est propriétaire et qu'il concède aux franchisés sous forme d'un droit d'usage temporaire ;

- puisqu'il existe aussi — un savoir-faire transférable et transféré du franchiseur au franchisé.

2° Bien que les contrats n'aient pas d'effet anticoncurrentiel à l'égard des producteurs et distributeurs concurrents du fait d'une grande atomisation du marché, certaines obligations faites aux franchisés et/ou au franchiseur sont restrictives de concurrence du fait d'un certain partage du marché ; ces obligations peuvent dès lors affecter le commerce entre États membres. En conséquence les contrats Yves Rocher notifiés relèvent de l'article 85, paragraphe 1.

3° Cependant, les contrats notifiés entrent dans le cadre de l'article 85/3 qui considère les dispositions de l'article 85/1 comme inapplicables notamment aux accords Yves Rocher qui contribuent :

- a) à améliorer la distribution de ses produits ;

- b) à renforcer la concurrence entre les marques et les réseaux ;

- c) à promouvoir la connaissance technique ou économique des marchés ;

- d) et qui réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

D'où la décision d'exemption individuelle prise par la Commission.

Cette décision a fait l'objet dans de nombreuses revues spécialisées d'analyses et de commentaires. Je ne les ai pas tous recensés mais je considère que l'article de doctrine paru dans la Gazette du Palais du 14/16 juin 1987 sous la signature des professeurs Burst et Kovar, reste un document qui n'a pas vieilli au moment où paraît l'exemption collective de la Franchise. Il convient de s'y référer d'autant plus en ces journées consacrées à la Franchise de distribution et de services et à la Licence de savoir-faire, qu'il y est clairement exposé que la décision Yves Rocher laisse apparaître certains inflexions dans les raisons qui amènent la Commission à admettre la validité de certaines clauses et en particulier en matière de franchise de distribution, l'usage de certains droits de propriété industrielle dont bien sur, la marque, l'enseigne et le nom commercial qui se distinguent de l'« identité et de la réputation du réseau » reconnues dans l'arrêt Pronuptia, en les amplifiant.

Je laisse le soin aux intervenants qui me succèdent de développer avec brio tous les points essentiels de l'exemption collective de la Franchise qui peu ou prou sont marqués par les décisions Yves Rocher et Pronuptia.

Quoiqu'il en soit, pour le groupe Yves Rocher, la décision le concernant était la consécration de son système et la confirmation de la validité des clauses de ses contrats.

Pour les franchiseurs n'ayant pas une position dominante sur leur marché ; cette décision rendue concomitamment avec celle de Pronuptia était la quasi-certitude que dès lors que les dispositions de leur contrat oscillaient entre l'arrêt Pronuptia et les deux décisions précitées, leur validité pouvait être reconnue au plan européen s'ils étaient contestés en droit national, la question préjudicielle pouvait être utilement invoquée.

Pour la Fédération Française de la Franchise qui venait d'affirmer haut et clair sa doctrine et ses ambitions, ces deux décisions renforçaient le bien-fondé de son analyse quant à la non-nécessité d'une loi sur la franchise et l'incitaient plus encore à adapter le Code de déontologie de la Franchise à la dimension européenne, ce qui fût fait.

Cette attitude constructive des membres de la FFF autour du Président Bréville a permis de participer activement avec les pouvoirs publics et la DG CC RF en particulier, à l'élaboration du règlement Communautaire portant exemption collective des accords de franchise.

C'est avec quelque fierté et beaucoup de reconnaissance vis-à-vis de certains que je ne puis nommer faute de temps, que nous avons œuvré pour la Franchise et pour l'Europe.

Je cède la parole à M. M. Micmacher.

● INTERVENTION DE M. MICMACHER

Il est bon pour vous éclairer que vous ayez des informations précises sur la société Pronuptia.

Cette société s'est créée en 1958. Elle pratique la franchise depuis très longtemps : en 1962, elle ouvrait la première franchise en France et dès 1963 la première à l'exportation (Bruxelles). En 1969, Pronuptia avait environ 150 franchisés et décidait de s'implanter en R.F.A. C'est une P.M.E. Au moment de l'affaire Schillgallis, en 1980, son chiffre d'affaires était d'environ 100 millions de francs et le chiffre d'affaires de son réseau de l'ordre de 250 millions de francs.

On comprend la surprise de la société Pronuptia lorsque nous avons appris que nous affectons le commerce entre États membres et que nous avons un effet de réduction de la concurrence sur le territoire de la C.E.E. Cela a été l'opinion de la C.A. de Francfort qui en a tiré comme conséquence, à la lecture de l'article 85-1, que le contrat de franchise Pronuptia utilisé en Allemagne était nul. La nullité du contrat avait des effets économiques tout à fait catastrophiques. Elle signifiait que nous aurions pu être tenus de rembourser la totalité des redevances encaissées depuis l'origine des relations contractuelles. A charge pour nous de démontrer sur le fondement de l'enrichissement sans cause de nos franchisés, qu'ils nous devaient quelque chose.

La C.A. a bien compris qu'elle allait un peu loin, ce qui a donné un arrêt assez stupéfiant puisque, d'une part, l'arrêt indiquait que le contrat était nul mais, d'autre part, l'arrêt ne nous condamnait pas à rembourser les redevances au franchisé. Elle considérait simplement que les redevances que nous réclamions à ce franchisé n'étaient plus dûes. Pourquoi pas trois ans de redevances, pourquoi pas six, pourquoi pas neuf ? Personne ne l'a jamais su.

Et commence, en décembre 1982, un combat qui s'est terminé en décembre 1986, par l'exemption individuelle accordée par la Commission de Bruxelles. La caractéristique de ce combat est qu'il s'est déroulé sur deux terrains parallèles. Dès l'arrêt rendu, nous découvrons l'existence de l'article 85-3 du Traité de Rome, ce qui nous amène rapidement à déposer un dossier en mars 1983 auprès de la Commission de Bruxelles pour obtenir l'exemption individuelle. Nous sommes à Bruxelles face à des gens dont la compétence et le sérieux sont indubitables, mais qui étaient un peu « coincés » pour l'examen de notre exemption individuelle dans le sens où il y avait en parallèle une procédure judiciaire.

En décembre 1982 la C.A. de Francfort déclare nul le contrat de franchise. Nous saisissons la Cour de cassation de Karlsruhe en demandant qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour de justice du Luxembourg afin d'interpréter l'article 85 pour déterminer si le contrat de franchise était nul ou pas. Ce sont ces questions préjudicielles qui ont été examinées et qui ont fait l'objet de l'arrêt Pronuptia de la Cour de justice du Luxembourg de janvier 1986. A cette date, la Cour de justice indique que, globalement, le système de la franchise n'est pas anticoncurrentiel et qu'il dépend des clauses particulières qui doivent être examinées par les juridictions nationales pour déterminer si elles portent atteinte à la concurrence.

Dans le cas de Pronuptia, les deux clauses concernées étaient :

— la politique de prix menée par Pronuptia sur le marché allemand (prix concertés, prix imposés...),

— l'exclusivité territoriale que nous accordions à notre franchisé.

Je fais observer que ce sont deux clauses qui n'avaient jamais fait l'objet de la moindre réclamation de la part de nos franchisés allemands, qui servaient de fondement à l'annulation. En revanche, notre adversaire — ancien franchisé allemand — avait soulevé une quinzaine d'autres clauses, en particulier toutes celles qui nous permettaient de contrôler l'image de marque et de contrôler l'utilisation du savoir-faire. Toutes ces clauses ont été validées par la Cour de justice.

Ces réponses sont revenues à la Cour de cassation de Karlsruhe qui a renvoyé à une C.A. allemande pour examiner les conséquences judiciaires en Allemagne de cet arrêt Pronuptia — une petite surprise pour nous Français lorsqu'une Cour de cassation renvoie devant une C.A., c'est devant la même —. La C.A. est extrêmement perplexe. Le Président manifestement considère que le contrat est bien nul depuis l'origine, nonobstant l'arrêt de la Cour de justice de Luxembourg et nonobstant bien sûr l'exemption individuelle. Mais il est aussi conscient que sa position n'est pas facile à défendre et il fait actuellement une forte pression pour nous amener à passer un compromis financier avec le franchisé qui a fait l'objet de cette procédure de façon à ce qu'il n'ait pas à rendre un arrêt de principe.

Quelques mots sur l'exemption individuelle de Pronuptia afin que vous ayez une vision un peu plus complète de tous les éléments et toutes les clauses qui ont été en cause dans cette affaire. Je dirais qu'une des caractéristiques de Pronuptia est le fait que nous exigeons des approvisionnements exclusifs pour une partie des produits concernés — soit tous les produits que nous estimons essentiels à l'image de marque —. Pour être précis, dans la robe de mariée, nous estimons que l'image de marque est effectivement la robe de mariée ; ce sont certains accessoires à la robe de mariée qui sont porteurs d'image de marque mais, par exemple, ce ne sont pas des robes habillées. En conséquence, les franchisés ont le droit — et cela n'a rien à voir avec les décisions de la Cour de justice ou la Commission de Bruxelles — d'acheter des robes habillées où ils le veulent, comme ils le veulent, et nous exerçons un contrôle a posteriori sur l'image de marque en leur disant que tel produit ne correspond pas aux standards et en leur demandant de changer de fournisseur.

Tout le fondement des clauses restrictives d'approvisionnement chez Pronuptia est un fondement d'image de marque et de réputation de l'enseigne. L'autre aspect sur lequel l'exemption collective apporte un plus est le savoir-faire. Sur ce point la doctrine de Pronuptia depuis l'origine est de protéger le savoir-faire, non seulement dans l'intérêt du franchiseur, mais aussi dans l'intérêt de tout le réseau Pronuptia. Ce sont les franchisés eux-mêmes qui ont fait pression sur le franchiseur en 1970 pour que nous durcissions les clauses de non-concurrence afin qu'ils soient protégés contre une utilisation illicite de la part des collègues franchisés. Ce qui nous a amené à protéger le savoir-faire et à créer une clause de non-concurrence qui s'applique en tout lieu où l'ex-franchisé pourrait faire une concurrence déloyale à un de ses collègues franchisés.

LA MISE EN PLACE DU RÈGLEMENT « FRANCHISE »

J. DUBOIS,

Chef de division à la Direction Générale
de la Concurrence de la C.E.E.

Le développement rapide de la franchise en Europe, depuis 1970, s'est produit dans un cadre légal inexistant. Aucun pays européen n'a édicté de législation réglementant spécifiquement les contrats de franchise. Les relations entre franchiseurs et franchisés sont, donc, établies sur la base de contrats types rédigés par chaque franchiseur sur la base de ses propres intérêts, et généralement présentés aux franchisés tels quels, sans que ceux-ci en discutent le contenu. En cas de contentieux, les tribunaux appliquent selon le cas les dispositions du Droit civil, du Droit commercial et du Droit du travail. Il existe bien des codes de déontologie établis par les associations de franchiseurs de différents pays (Allemagne, Belgique, France, Royaume-Uni...), ainsi qu'un code européen de la franchise élaboré par la Fédération Européenne de la Franchise, mais il s'agit de textes non contraignants qui indiquent de manière très générale les dispositions essentielles à insérer dans les contrats de franchise, tout en laissant de côté les aspects du Droit de la concurrence.

Il y a une dizaine d'années, dans les milieux concernés, on a commencé à se rendre compte que les contrats de franchise pouvaient entrer dans le champ d'application de l'article 85, puisque ce sont des contrats conclus entre entreprises indépendantes, qui sont susceptibles sous certains aspects de restreindre le libre jeu de la concurrence dans le commerce entre États membres, notamment lorsqu'ils prévoient une protection territoriale des franchisés, le respect de prix imposés ou des clauses de non concurrence.

La Commission n'avait pas été amenée à se prononcer sur des cas individuels parce qu'aucune affaire ne lui avait été présentée, soit sur plainte, soit sur notification. Mais une certaine inquiétude commença à se manifester avec le déclenchement de l'affaire Pronuptia, en particulier comme l'a rappelé M. Micmacher lorsque la C.A. de Francfort affirma que l'article 85-1 interdit les contrats de franchise de distribution de ce type. L'arrêt de la Cour de Justice des Communautés, intervenu quatre ans après, le 28 janvier 1986, bien que fondamentalement très favorable à la franchise de distribution, ne calma pas tous les esprits. Aussi, pour préciser sa position et assurer plus de sécurité juridique, la Commission décida d'instruire quelques affaires significatives et de préparer un règlement destiné à faire bénéficier certaines catégories de contrats de franchise d'une exemption de groupe en application de l'article 85-3. Entre-temps, certaines entreprises comme Pronuptia ou Yves Rocher avaient présenté une notification en vue d'obtenir une exemption individuelle et la Commission entama l'instruction de ces affaires.

De 1986 à 1988, elle a arrêté cinq décisions d'exemption individuelle, sur la base de l'article 85-3, qui concernent Pronuptia, Yves Rocher, mais aussi deux chaînes d'origine américaine, la société Service Master qui effectue des prestations de service de nettoyage dans les bâtiments et la société Computerland qui distribue sous son enseigne des produits de la micro-informatique, et enfin la société Charles Jourdan qui assure la vente de chaussures.

Ces cinq cas n'ont pas été pris au hasard, car ils correspondent à différents types de franchise.

— La franchise Yves Rocher est le prototype de la

franchise de distribution de produits portant exclusivement la marque du franchiseur.

— Dans la franchise Pronuptia, il s'agit de la distribution à la fois de produits qui portent la marque Pronuptia et de produits portant d'autres marques.

— Dans l'affaire Computerland, il s'agit d'une chaîne de distribution de produits de la micro-informatique qui s'effectue sous l'enseigne Computerland, mais aucun des produits vendus ne porte la marque Computerland ; en réalité, on trouve dans ces magasins toutes les principales marques de micro-ordinateurs existant sur le marché.

— Dans l'affaire Service Master, on est en face du prototype même d'une franchise de services : il s'agit essentiellement d'effectuer l'entretien et le nettoyage de bâtiments à partir de certaines bases mobiles — camions ou camionnettes — qui se rendent chez les utilisateurs.

— Enfin, l'intérêt de la franchise Charles Jourdan est qu'elle a permis à la Commission de prendre position sur le problème des dépôts agréés et envisage la situation dans laquelle un même produit est distribué à la fois par un réseau de franchise, un réseau de dépôts agréés, un réseau de revendeurs indépendants et de succursales.

Je vous invite à analyser de près ces différentes décisions parce qu'elles contiennent des dispositions précises adaptées à chacun de ces cas, ainsi que la position que la Commission a prise à leur égard. Ces décisions ont servi de point de départ et d'expérience pour l'élaboration du règlement d'exemption sur le contrat de franchise.

Ce règlement a été préparé conformément aux procédures qui prévoient, notamment, la consultation des milieux intéressés à partir d'un avant-projet de décision qui a été publié en août 1987 au *J.O.C.E.*, et qui a entraîné environ 40 prises de position diverses, notamment celle de la Fédération Européenne de la Franchise qui représentait le point de vue des différentes associations nationales de franchise. Il y a eu, aussi, deux consultations du Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, organisme qui fonctionne de manière permanente auprès de la Commission de Bruxelles et est composé d'experts gouvernementaux en matière de concurrence des douze pays de la Communauté. Le Comité économique et social de la C.E.E. et le Parlement européen ont également eu l'occasion d'exprimer leur avis. La Commission a adopté le texte définitif, le 30 novembre 1988.

Ce règlement entrera en vigueur le 1^{er} février 1989 parce que son élaboration a pris un peu de retard et qu'il faut encore qu'il soit publié au *J.O.C.E.* dans les neuf langues officielles de la Communauté, ce qui pose des problèmes de traduction assez difficiles.

Deux points appellent une attention liminaire.

— **Quelle est la base juridique de ce règlement ?**

On peut trouver la base juridique dans le considérant numéro 1 indiquant que c'est conformément à un règlement de 1965, le règlement n° 19-65, que la Commission est compétente pour appliquer par voie de règlement l'article 85-3 du Traité à des catégories d'accords exclusifs bilatéraux tombant sous le coup de l'article 85-1, qui ont soit pour objet la distribution ou l'achat exclusifs

de biens, soit comportent des restrictions imposées en rapport avec l'acquisition ou l'utilisation de droits de propriété industrielle. Le considérant n° 2 explique que cela englobe les contrats de franchise.

— **Les motifs de l'exemption.**

— **A quelles conditions peut-on faire bénéficier les accords de franchise qui contiennent des clauses restrictives de la concurrence, de l'exemption prévue à l'article 85-3 ?**

On sait que ces conditions sont bien précises et doivent être remplies cumulativement. Elles sont énoncées, d'ailleurs, dans le Traité lui-même, à l'art. 85-3. Je rappellerai qu'elles sont au nombre de quatre.

Les catégories d'accords concernées doivent :

— contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,

— réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte.

Ces accords ne doivent pas :

— imposer des restrictions aux entreprises concernées qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

— donner à ces entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

En ce qui concerne la première condition, le considérant n° 7 du règlement explique que les contrats de franchise améliorent normalement la distribution des biens ou la prestation des services, puisqu'ils donnent au franchiseur la possibilité d'établir un réseau de distribution uniforme sans devoir procéder à des investissements importants, ce qui favorise l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché et peut augmenter la concurrence entre les marques. Ils permettent également à des commerçants indépendants de développer plus rapidement des débouchés avec des chances de succès plus grandes.

En ce qui concerne la deuxième condition, le considérant n° 8 du règlement affirme qu'en règle générale, les contrats de franchise réservent aux utilisateurs finals une part équitable du bénéfice qui en résulte, du fait qu'ils combinent les avantages d'un réseau de distribution uniforme avec la présence de commerçants personnellement intéressés au fonctionnement efficace de leur entreprise. L'homogénéité du réseau et la coopération continue entre le franchiseur et ses franchisés assurent une qualité constante des produits et des services.

Les conditions négatives de l'article 85-3, à savoir le caractère indispensable de certaines restrictions et la non élimination de la concurrence, déterminent en réalité le contenu même du règlement et sa structure. En effet, les restrictions considérées comme indispensables sont précisément celles qui peuvent être exemptées. Elles font l'objet des articles 2 et 3 du règlement. Les restrictions ou comportements qui donneraient la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause sont visés par les articles 4 et 5 du règlement. Ces articles seront examinés en détails par les autres intervenants.

Il me reste donc à vous parler des autres articles du règlement, et d'abord de l'article 1 qui est fondamental.

Le champ d'application du règlement.

L'article 1^{er} précise en premier lieu le champ d'application du règlement. Sont concernés les accords de franchise de distribution de produits et de prestation de services à des utilisateurs finals, en ce compris les accords de franchise principale (master franchise agreements).

Le règlement vise à la fois les franchises de distribution et les franchises de services, mais pas les franchises

industrielles. Le considérant n° 7 s'explique sur ce dernier point. Il dit, en effet :

« Les accords de franchise industrielle ne sont pas couverts par le règlement car de tels accords qui visent des relations entre producteurs — et non entre producteurs et distributeurs — présentent des caractéristiques différentes des autres types de franchise. Ils consistent en des licences de production fondées sur des brevets ou du savoir-faire technique, combinés avec des licences de marques, certains de ces accords peuvent bénéficier des règlements d'exemption par catégorie qui existent déjà pour les accords de licence de brevet ou de savoir-faire s'ils remplissent les conditions fixées par ces règlements ».

Le considérant n° 5 qui résume bien cette situation précise en outre que le règlement ne doit pas couvrir non plus les accords de franchise de gros en raison du manque d'expérience de la Commission en ce domaine.

Les définitions.

L'article 1^{er} consacre sa deuxième partie à des définitions. En effet, la Commission a estimé devoir préciser quels sont exactement les contrats de franchise qui peuvent bénéficier de l'exemption. C'est pourquoi l'article 1 contient une série de définitions qui constituent probablement la plus importante création du règlement. C'est la première fois qu'un texte normatif contraignant contient pareille description de la franchise, et je rappelle qu'un règlement de la Commission est directement applicable dans les États membres de la Communauté.

Reprenons ces définitions en détail.

Le paragraphe 3 de l'article 1 précise d'abord ce que l'on entend par « franchise ».

« La franchise est un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteurs, savoir-faire ou brevets, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals ».

J'indique que le concept de propriété intellectuelle ou industrielle qui n'est peut-être pas très familier en France, correspond à des situations d'autres pays de la Communauté où l'on fait cette distinction.

Le paragraphe 3 définit ensuite ce qu'est un « accord de franchise ». Il dit qu'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 ou de services déterminés. Il doit comprendre au moins :

— l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne commun et une présentation uniforme des locaux et moyens de transport visés au contrat,

— la communication par le franchiseur ou franchisé d'un savoir-faire,

— la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord.

Ces trois éléments doivent être réunis pour que l'on parle d'un accord de franchise.

Le règlement définit enfin ce qu'est un « accord de franchise principale ». C'est un accord d'un contenu identique, mais qui donne au franchisé principal le droit d'exploiter une franchise en vue de conclure des accords de franchise avec des tiers, les franchisés (master franchise).

L'article 1 contient ensuite deux définitions destinées à préciser deux expressions fréquemment utilisées.

Les « produits du franchiseur » — ceci est important pour les clauses d'approvisionnement — sont les pro-

duits fabriqués par le franchiseur ou suivant ses instructions et portant le nom ou la marque du franchiseur.

Les « locaux visés au contrat » sont non seulement les locaux utilisés pour l'exploitation de la franchise mais, lorsque la franchise est exploitée hors de ces locaux, la base à partir de laquelle le franchisé met en œuvre les moyens de transport utilisés pour l'exploitation de la franchise.

Les quatre autres définitions de l'article 1 sont consacrées au savoir-faire. Une description très minutieuse en est donnée, qui met en évidence l'importance que la Commission attache à cet élément fondamental de la franchise. Le savoir-faire est défini ici comme étant un ensemble de connaissances pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, qui est secret, substantiel et identifié. Ces trois qualificatifs sont aussi définis de manière précise et c'est une amélioration significative du règlement par rapport au projet publié en 1987.

— « Secret » signifie que le savoir-faire dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, ne doit pas être généralement connu ni facilement accessible. Mais cela ne signifie pas que chaque composant individuel du savoir-faire devrait être totalement inconnu ou qu'il ne devrait pas être obtainable hors des relations avec le franchiseur. Donc c'est la configuration et l'assemblage précis qui ne doivent pas être généralement connus ou facilement accessibles.

— « Substantiel » signifie que le savoir-faire doit inclure des informations qui sont importantes pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals, notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière. Le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en ce sens qu'à la date de la conclusion de l'accord, il doit être susceptible d'améliorer la position concurrentielle de franchisé, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à entrer sur un nouveau marché.

— « Identifié » signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une manière suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité. La description du savoir-faire peut être faite soit dans l'accord de franchise, soit dans un document séparé ou sous toute autre forme.

La structure du règlement.

La structure du règlement est assez simple, les dispositions de fond se trouvent dans les articles 2 à 5. L'article 2 indique quelles sont les restrictions de concurrence exemptées. L'article 3 contient une liste d'obligations imposées au franchisé qui ne font pas obstacle à l'exemption. L'article 4 précise certaines conditions qui doivent être remplies pour obtenir le bénéfice de l'exemption ; ce sont en quelque sorte les « clauses obligatoires ». L'article 5 indique les situations ou les obligations qui font obstacle à l'exemption ; ce sont les « clauses interdites ».

Tout ceci est complété par un article 6 qui organise une procédure d'opposition et un article 8 qui indique les cas de révocation éventuels de l'exemption.

— Je me bornerai à vous dire quelques mots de ces deux articles. D'abord, l'article 6 qui organise une procédure particulière appelée « procédure d'opposition », qui permet d'accorder le bénéfice de l'exemption à des accords qui comportent des restrictions de concurrence autres que celles qui sont expressément exemptées par les articles 1 et 2, qui ne sont pas couvertes par la liste blanche de l'article 3 ou qui ne sont pas expressément interdites par la liste noire de l'article 5. Cette procédure d'opposition permet d'obtenir une exemption à condition

que le contrat de franchise en question soit notifié à la Commission et que celle-ci ne fasse pas opposition à l'exemption dans un délai de six mois. L'article 6 explique en détail comment cette procédure fonctionnera. Il y est notamment prévu une possibilité d'intervention des autorités nationales. Le résultat d'une telle procédure signifie que si la Commission lève l'opposition, le contrat bénéficie de l'exemption de catégorie du règlement. C'est un mécanisme identique à celui qui figure déjà dans d'autres règlements d'exemption de la Commission et qui figure également dans le nouveau règlement sur les licences de savoir-faire.

— L'article 8 prévoit la possibilité pour la Commission de retirer le bénéfice de l'exemption dans des cas déterminés, en particulier lorsqu'une exclusivité territoriale absolue est concédée au franchisé. En effet, dans les cas qui sont visés à l'article 8, il y a des risques que l'accord ait certains effets incompatibles avec les conditions générales prévues à l'article 85-3. Plusieurs hypothèses sont énumérées à l'article 8 :

— d'une part lorsque l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci est restreinte de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires établis par des producteurs ou des distributeurs concurrents,

— d'autre part, lorsque les produits ou les services franchisés ne sont pas soumis à une concurrence effective de produits ou de services identiques ou similaires,

— lorsqu'encore les parties ou l'une d'entre elles empêchent les utilisateurs finals, en raison de leur lieu de résidence, d'obtenir directement ou indirectement les produits ou services faisant l'objet de la franchise,

— lorsqu'aussi les franchisés réalisent des pratiques concertées en ce qui concerne les prix de revente des produits ou des services,

— lorsqu'enfin le franchiseur abuse du droit qui lui est reconnu d'examiner les locaux ou moyens de transport du franchisé ou refuse son accord sur le transfert des locaux pour des motifs autres que la protection du savoir-faire ou du maintien de l'identité et de la réputation du réseau.

Il me reste à préciser que ce règlement est d'application générale. Tout accord peut bénéficier des dispositions du règlement ou des dispositions d'un autre règlement selon sa nature particulière, et pourvu qu'il remplisse les conditions d'applications nécessaires. Je me réfère à ce qui est indiqué au considérant n° 17, qui précise qu'un accord ne peut toutefois pas bénéficier d'une combinaison des dispositions du présent règlement avec celles d'un autre règlement d'exemption par catégorie.

Quelles sont les conséquences de la mise en place du règlement ?

— Tout d'abord, les opérateurs économiques savent désormais quelles obligations et quelles dispositions ils peuvent ou ne peuvent pas insérer dans les contrats sans qu'il soit nécessaire de notifier ces contrats à la Commission. Lorsque les contrats remplissent les conditions du règlement, les entreprises concernées peuvent partir du principe que ces contrats ne seront pas déclarés nuls par la suite, sauf révocation d'exemption par la Commission. Elles ne doivent pas non plus craindre de se voir infliger une amende pour violation de l'article 85. Un autre avantage est que les tribunaux des États membres peuvent décider eux-mêmes en examinant le règlement si un contrat de franchise déterminé est exemptable ou bien s'il est nul en tout ou en partie.

— Les effets de l'exemption sur la validité des contrats sont importants.

En effet, l'interdiction de principe de l'article 85-1 est déclarée inapplicable à l'accord concerné de telle sorte que la nullité de plein droit de l'article 85-2 ne joue pas. Cela signifie que la validité de l'accord n'est pas affectée par le Droit communautaire. Mais peut-elle l'être encore

par le Droit national ? En principe, je dirai que dans l'hypothèse d'un conflit de réglementations, la prééminence du Droit communautaire devrait s'imposer ici. Mais cette prééminence ne jouerait que là où l'exemption de catégorie a réglé une question de manière positive. Lorsqu'une clause restrictive est expressément exemptée par le règlement, elle ne pourrait plus être annulée sur la base d'un Droit national qui n'autoriserait pas pareille clause.

— Pour finir, il faut souligner que le règlement ne peut pas tout régler dans le domaine de la franchise, et ce n'est d'ailleurs pas son objectif. Il a seulement pour but d'indiquer dans quelles mesures et dans quelles limites certains contrats de franchise sont compatibles avec le Droit de la concurrence de la C.E.E. Mais il ne règle pas les autres difficultés qui pourraient surgir entre franchisés et franchisés.

LES PROLONGEMENTS NATIONAUX DU RÈGLEMENT « FRANCHISE »

J.-P. DE LA LAURENCIE,
Chef de service de la Concurrence
et de l'orientation des activités.

Ma Direction générale s'est beaucoup dépensée pour l'adoption de ce règlement. Je crois que, outre la coïncidence remarquable qui fait que quelques jours seulement après son adoption, on puisse avoir ce colloque, nous sommes en mesure de vous apporter un éclairage spécifique. Pour ma part, je suis chargé de la partie nationale et je souhaiterais vous préciser d'abord notre contribution nationale à l'élaboration de ce règlement communautaire — il est important de fournir l'éclairage, la philosophie que les autorités nationales ont eus dans cette affaire —, et ensuite la façon dont nous envisageons de l'appliquer au niveau national.

Mon intervention va donc porter sur « avant le règlement communautaire, et après le règlement communautaire ».

I. — AVANT LE RÈGLEMENT COMMUNAUTAIRE

Avant, c'est la contribution française à l'élaboration du règlement.

1) Le rôle de la D.G.C.C.R.F.

Notre rôle a été de soutenir le développement du système de la franchise. Je vous rappelle comment fonctionnent les relations entre la Commission des Communautés et notre service national de la concurrence. Nous avons deux canaux officiels d'intervention auprès de la Commission organisés par les textes. Le premier, c'est la participation d'un représentant de notre Direction générale au Comité consultatif des ententes et des positions dominantes. Le deuxième, c'est la possibilité d'intervenir devant la Cour de Justice des Communautés.

— Le comité consultatif qui a été créé par le règlement 17-62 en application du Traité est composé d'experts fonctionnaires des États membres qui sont chargés de donner un avis à la Commission. Il a été créé pour donner des avis pour l'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome. Il a un rôle essentiellement contentieux dans

le cadre des affaires individuelles qui sont examinées à Bruxelles, mais aussi un rôle non contentieux pour donner un avis à la Commission sur les projets de règlements d'initiative de la Commission — puisqu'il y a aussi des règlements du Conseil des communautés —. Nous nous situons, donc, comme étant un des experts parmi les douze qui composent le Comité consultatif auprès de la Commission. Il y a une certaine indépendance de l'expertise qui est apportée à la Commission. Ce n'est pas vraiment le porte-parole de l'État, c'est l'expert en Droit de la concurrence national qui donne un avis à la Commission. Dans les affaires individuelles, cet avis est donné dans un cadre purement confidentiel. Pour l'examen du projet de règlement d'exemption, nous avons vu travailler de manière plus ouverte, la Commission a fait la même chose en consultant les professions et les autres ministères.

— Le deuxième cadre est la Cour de Justice des Communautés. Vous savez que pour l'affaire Pronuptia, le gouvernement français est intervenu. Le gouvernement français peut déposer des conclusions. Le porte-parole officiel du gouvernement français devant la C.J.C.E. est le chef du service juridique du ministère des affaires étrangères. Dans la pratique, ses conclusions sont préparées de manière interministérielle par le Secrétariat général du Comité interministériel et, dans la réalité, pour des affaires aussi techniques, c'est notre Direction générale qui est le principal maître d'œuvre.

2) Nos interventions concrètes

Concrètement, face au problème de l'applicabilité du Droit de la concurrence à la franchise, nous avons commencé à réfléchir en 1981 — affaire Pronuptia —. En décembre 1983, nous avons monté un colloque à Strasbourg pour examiner quelle était la bonne approche pour croiser cette mécanique de la franchise qui se développait, avec le Droit de la concurrence. Cela nous a permis d'adopter d'emblée une position constructive vis-à-vis du développement de la franchise. Non seulement parce que la franchise se développait en France plus vite qu'ailleurs, mais aussi parce que nous avons considéré que

nous étions face à un type d'accords d'un genre nouveau qui était assez proche de la distribution exclusive et sélective, mais qui avait aussi des éléments spécifiques. C'est l'association au transfert de savoir-faire qui méritait cette approche positive parce que cela apportait au franchiseur, au franchisé, au consommateur, des éléments de bilan économique et au-delà même, de bilan concurrentiel positif. Je fais une nuance, car lorsque l'on fait un bilan concurrentiel, on se situe en amont de l'application éventuelle des règles de concurrence de l'article 85. On peut se poser la question de l'applicabilité de l'article 85 qui interdit les ententes et en France, de l'ancien article 50 de l'Ordonnance de 1945 et des articles 7 et 8 de la nouvelle Ordonnance. On peut ainsi considérer, si l'on fait le bilan concurrentiel et qu'il est positif, que l'on n'est pas obligé d'appliquer les textes interdisant les ententes. Si l'on fait le bilan économique, c'est que l'on a considéré qu'il y avait des atteintes suffisantes à la concurrence pour qu'on examine la question tant au regard de l'article 85 du Traité de Rome qu'au regard de l'article 7 de l'Ordonnance française, et le bilan économique peut amener à exempter l'entente en question.

Nous avons été amenés à mettre en œuvre cette approche dans l'affaire Pronuptia, puisque notre intervention devant la C.J.C.E. en avril 1985 nous a conduits, premièrement, à souligner le caractère spécifique de la franchise, deuxièmement à indiquer qu'il pouvait y avoir application au moins partielle de l'article 85 du Traité de Rome, troisièmement à dire que nous souhaitions, s'il y avait application de l'article 85-1, que l'on puisse envisager des possibilités d'exemption soit individuelle, soit collective. Et, dès cette époque-là, nous avons lancé un message à l'adresse de la Commission des communautés en disant qu'il vaudrait mieux clarifier le paysage en adoptant un règlement d'exemption collective. Nous avons été contents de voir que l'arrêt du 28 janvier 1986 suivait absolument nos conclusions. Ce n'était pas à l'origine celles de la Commission qui avait une conception très extensive de l'applicabilité de l'article 85-1, alors que nous, nous préconisons un partage en disant : il y a une partie spécifique qui aboutit à un bilan concurrentiel favorable et qui permet de dire que l'article 85-1 n'est pas applicable, parce qu'il y a un mécanisme général favorable même à la concurrence.

De même, vis-à-vis d'autres intervenants — je pense au ministère du commerce et de l'artisanat — il fallait considérer que l'article 85 pouvait être partiellement applicable alors qu'à l'époque le Ministère disait qu'il n'y avait pas d'applicabilité du tout de l'article 85-1. C'était la position extrême inverse de celle de la Commission à l'origine.

Nous avons eu, avec l'arrêt Pronuptia une base juridique très bonne, et qui a permis de travailler à l'élaboration d'un règlement d'exemption.

La Commission des communautés a considéré qu'il fallait quand même avoir un minimum d'expérience avant d'aboutir à ce règlement d'exemption. D'un côté, nous avons compris que cette sage lenteur ; de l'autre nous nous sommes un peu inquiétés vu les difficultés qui persistaient en Allemagne, et les inquiétudes que la Fédération Française de la Franchise manifestait. Devant le Comité consultatif nous avons appuyé la Commission pour appliquer l'esprit de l'arrêt Pronuptia dans différentes affaires. Mais nous avons souhaité aller plus vite et nous avons pensé à élaborer nous-mêmes en France un projet de règlement d'exemption. On en avait la possibilité depuis décembre 1985. Une loi avait modifié la loi de 1977 et l'Ordonnance de 1945, et rendait possible l'adoption d'un arrêté d'exemption par catégorie. Nous avons été assez loin dans l'élaboration de notre projet et, à la mi-juin, nous avions un projet pratiquement prêt. C'est à ce moment-là que la Commission a accéléré le mouvement. Nous avons à ce moment-là décidé de retirer notre projet. Il n'a pas été complètement perdu car nous sommes allés le présenter à la Commission et cela

a donné lieu à beaucoup de discussions ; nous avons une base peut-être plus sérieuse que les autres pays pour travailler le projet de la Commission.

Nous avons abandonné notre projet parce que, d'une part, les deux projets se recoupaient largement et, d'autre part, nous avons considéré qu'il y avait un intérêt évident à avoir un cadre directement communautaire pour des professionnels qui travaillaient largement sur plusieurs pays de la Communauté.

Tout au long de ces négociations que nous avons eues avant, puis après la mise en chantier de ce règlement, nous avons travaillé avec la Fédération Française de la Franchise et les autres professionnels concernés.

Je voudrais rappeler deux points soulevés au cours du débat. Le premier c'est le champ d'application du règlement, le second c'est la question des prix imposés ou conseillés.

Le champ d'application du règlement :

Certains groupes professionnels avaient souhaité que certains secteurs soient exclus du règlement, en particulier le secteur de la distribution automobile. Il y avait deux objections à cette exclusion.

La première, c'est que cela aboutissait à imposer un certain type de contrats puisqu'il y a, dans la distribution automobile, un mécanisme de distribution exclusive, qui a donné lieu à un règlement spécialement adapté à la distribution automobile. Mais si on excluait la franchise, cela signifiait qu'on interdisait en fait la possibilité de recourir à des mécanismes de franchise ; on figeait, alors, la distribution automobile dans ses mécanismes habituels de distribution exclusive.

La deuxième objection est que cela aboutissait à une discrimination entre secteurs industriels puisque les uns pouvaient avoir le choix entre plusieurs formules et pas les autres. Finalement, la Commission n'a pas retenu cette proposition et nous avons soutenu la Commission sur ce point. Nous avons donc considéré qu'il valait mieux laisser aux entreprises la liberté de choisir le règlement d'exemption auquel elles entendaient se conformer et qu'une fois le choix fait, il était impossible de cumuler les différents mécanismes d'exemption.

La question des prix imposés ou conseillés :

Cela a été un très long débat. Une partie de la doctrine américaine a considéré qu'il était acceptable dans certaines conditions d'autoriser les prix imposés. Finalement, on n'a pas retenu cette doctrine au niveau communautaire, et par contre on a considéré que l'adoption de prix conseillés dans le cadre du règlement de franchise n'était pas contraire à l'article 85-1. On considérait que cette mécanique était en soi bonne. Et la Commission a fait un pas de plus : elle a considéré que si les prix conseillés étaient pratiqués par tous et que cela ne résultait pas de pressions manifestes du franchiseur ou d'une concertation, on était encore dans la situation de pratiques non contraires à l'article 85-1.

Pour qu'il y ait refus d'exemption, il faut qu'il n'y ait pas concertation ou pression du franchiseur. Cela méritera peut-être d'être précisé, car j'ai vu dans un certain nombre de contrats de franchise des situations du genre « la fixation des prix est un objet d'intérêt commun ». Et c'est vrai qu'il y a une difficulté, il y a dans la politique des prix un élément de relation entre franchiseur et franchisé pour lequel il conviendra de déterminer ce qui est possible et ce qui ne l'est pas. Je crois que nous avons là une phrase très générique, et il faudra qu'à l'application nous clarifions encore le paysage vis-à-vis des professionnels.

Pour prendre le cas d'Yves Rocher, il y a bien une technique de prix imposés qui existe à l'intérieur du

réseau de vente par correspondance, mais la Commission considère que ce n'est pas choquant car nous avons affaire à un système de distribution totalement intégré. Par contre, pour le réseau des franchisés d'Yves Rocher, c'est la technique du prix conseillé. Il n'y a pas de problèmes si les prix conseillés sont respectés, mais qu'il n'y ait pas de pressions pour les imposer, il faut qu'éventuellement le franchisé puisse pratiquer des prix différents et inférieurs.

On a donc trouvé là une espèce de cote mal taillée. Il faudra voir comment, dans la pratique, on pourra bien baliser le paysage.

II. — APRÈS LE RÈGLEMENT COMMUNAUTAIRE

Quelques mots de l'application nationale du futur règlement. Nous avons accompagné nos travaux à Bruxelles de quelques enquêtes sur le terrain — d'information — et enrichis de cette expérience dont nous avons fait profiter la Commission, qu'allons-nous faire aujourd'hui ? Je vous répons à travers nos trois grandes casquettes. Tout d'abord, la casquette d'assistance aux services d'enquête de la Commission, ensuite notre propre casquette, d'autorité nationale compétente en matière de concurrence, et enfin notre rôle de conseil.

1) L'assistance aux services d'emprunt de la Commission.

A la suite du règlement 17-62 et du décret national du 18 février 1972, nous sommes systématiquement aux côtés des enquêteurs de la Commission lorsque ceux-ci enquêtent dans notre pays. Nous veillons à la régularité des opérations des deux côtés. Nous assurons la régularité des enquêtes vis-à-vis des professionnels, nous faisons respecter le Droit, et, vis-à-vis de la Commission, également, nous sommes là pour lui porter assistance : c'est l'action des fonctionnaires communautaires dans le cadre d'opérations déclenchées à l'initiative de la Commission. Mais nous pouvons, si nous avons des doutes, agir avec notre casquette nationale, du moment qu'une procédure communautaire n'est pas engagée dans le même domaine.

2) En tant qu'autorité nationale compétente.

Que peut-il se passer si les autorités nationales prennent des décisions qui pourraient croiser les décisions communautaires ? Je rappelle que nous avons la possibilité de saisir le Conseil de la concurrence qui pourra cumulativement se prononcer aussi bien sur la base du droit français, à savoir les articles 7 et 8 de l'ordonnance

du 1^{er} décembre 1986, relatifs aux ententes et abus de domination, que sur la base de l'article 85 du Traité de Rome. Le Conseil de la concurrence est une autorité habilitée à appliquer directement l'article 85-1, malgré l'existence d'un règlement d'exemption.

Au plan concret, si le règlement d'exemption est en vigueur, qu'un réseau de franchise a fait l'objet d'une enquête nationale et que nous avons saisi le Conseil de la concurrence, que sera-t-il possible de dire ? Je vous renvoie à un précédent qui est l'« affaire des cuves », décision du Conseil de la concurrence, confirmée par un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 5 mai 1988 par lequel le Conseil de la concurrence, puis la Cour d'Appel de Paris ont examiné une clause d'un contrat, la clause de restitution des cuves, au regard tant du Droit national que du Droit communautaire. En ce qui concerne le Droit communautaire, ces décisions ont été positives, puisqu'elles ont abouti à constater que, malgré ce qu'invoquaient les compagnies pétrolières concernées par l'affaire, la clause de restitution en nature des cuves n'était pas couverte par le règlement d'exemption. C'est d'autant plus intéressant qu'il y avait déjà eu un débat sur la question et la Cour de cassation avait dit que le règlement d'exemption s'appliquait, sans aller plus loin. La Cour d'Appel de Paris a été plus loin dans l'analyse : elle a examiné attentivement cette clause et a constaté qu'elle n'était pas exemptée par le règlement d'exemption concernant la distribution de produits pétroliers.

Donc, je pense qu'en ce qui concerne la franchise, nous pouvons faire ce même travail d'examen, d'interprétation du règlement de franchise qui nous permettra de dire si oui ou non la clause que nous examinons est conforme à l'ensemble du règlement d'exemption-franchise.

3) Notre troisième « casquette » est celle de « conseil » des entreprises et des professionnels. Cette activité consultative est peut-être moins connue, mais 50 % du temps des agents de la D.G.C.C.R.F. y est consacré. Donc rappelez-vous qu'en cas de difficulté, notre Direction générale, à travers ses directions départementales ou son administration centrale, est toujours à votre disposition.

**

Pour conclure, je soulignerai que les autorités communautaires et les autorités nationales de la concurrence ont adopté une démarche qui conjugue trois objectifs : le premier, c'est de laisser aux entreprises le maximum d'initiative pour répondre aux besoins de modernisation permanents de la production et de la distribution ; le deuxième objectif, veiller au respect des règles du jeu, qui protègent tant l'intérêt général que l'intérêt des partenaires économiques qui pourraient être lésés ; le troisième objectif, c'est assurer aux entreprises le maximum de clarté et de sécurité juridique dans l'application de ce Droit de la concurrence. Le tout pour une préparation efficace de l'Europe de 1993, dont le nouveau règlement « franchise » est une éthique.

■ COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 2

F. DELBARRE,
Conseil Juridique au Bureau Francis Lefebvre

L'article 2 traite de ces péchés contre la concurrence que sont les clauses d'exclusivité et les clauses de non-concurrence, péchés, il est vrai, généralement remis avec bienveillance par la Commission dans ses règlements d'exemption.

L'article 2 permet de tisser autour du franchisé un cocon le mettant à l'abri d'une concurrence interne au réseau et même d'une concurrence externe sur les produits de la marque de sorte que, ainsi protégé, le commerçant se métamorphose en franchisé parfait.

A cet effet, l'article 2 exonère de la prohibition de l'article 85-1 deux séries d'obligations :

- les unes qui s'imposent au franchiseur ;
- les autres qui s'imposent aux franchisés.

I. — LES OBLIGATIONS DU FRANCHISEUR

La couche interne du cocon est constituée par l'obligation du franchiseur de ne pas nommer d'autres franchisés dans le Territoire. C'est le premier volet de l'exclusivité territoriale. Dans son arrêt *Pronuptia*, la Cour de justice avait considéré comme restrictives de concurrence les clauses « qui réalisent un partage des marchés entre franchiseurs et franchisés ou entre franchisés ». En effet, bien qu'une jurisprudence américaine permette d'étayer une opinion contraire, un système de franchise peut fonctionner sans de pareilles clauses.

Le règlement permet donc au franchiseur de confier un territoire d'exclusivité à chaque franchisé.

Le règlement n'aborde pas un point particulier. Celui du choix des candidats qui sera lié lui-même à celui de l'emplacement. Dans sa décision « Yves Rocher », la Commission avait relevé l'absence de critères préalables de choix des franchisés et l'avait expliqué par le fait qu'Yves Rocher forme ses franchisés. Dans l'affaire « Computerland », la Commission avait constaté avec satisfaction que le manuel définissait des critères objectifs pour le choix de l'emplacement. En l'absence de toute indication du règlement sur ce point, le choix des franchisés peut donc être parfaitement discrétionnaire. Point n'est besoin, comme en distribution sélective, de définir des critères préalables. Si, d'aventure, ce choix faisait apparaître un véritable complot contre la concurrence, la Commission disposerait, en toute occurrence de l'article 8 du règlement pour y mettre fin.

Il va de soi que la clause territoriale serait privée d'effet si le franchiseur venait y semer la perturbation en exploitant lui-même la franchise dans le territoire. C'est pourquoi se trouve également exonérée de la prohibition l'obligation souscrite par le franchiseur de ne pas exploiter lui-même la franchise ou tout système équivalent dans la zone d'exclusivité. Mais cela n'interdit pas une coexistence pacifique avec un autre mode de distribution comme, par exemple, la vente par correspondance d'Yves Rocher. Cependant, le franchiseur peut, s'il l'estime utile, prendre l'engagement de ne pas fournir ses produits à des tiers.

Sous l'empire des ordonnances de 1945, un tel engagement aurait pu paraître indispensable de manière à justifier un refus de vente des produits sous franchise à un non-franchisé en créant, à l'égard de ce demandeur, une indisponibilité juridique du produit. Une telle clause semble inutile aujourd'hui car, si le réseau de franchise constitue une bonne entente — et on ne voit pas comment il pourrait en être autrement s'il entre dans les prévisions du règlement d'exemption — cela justifie *ipso facto* un refus de vente, l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 renvoyant expressément aux dispositions de l'article 10 comme élément justificatif du refus. En toute occurrence, pour les franchiseurs relevant du règlement, le refus serait également justifié en vertu de la prééminence du droit communautaire, le droit national ne pouvant porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci.

Les obligations que souscrit le franchiseur à l'égard du franchisé et qui représentent l'une des restrictions de concurrence examinées à l'article 2 peuvent être également imposées au franchisé principal à l'égard des franchisés. De même, l'article 2-b permet d'interdire au franchisé principal de conclure des contrats en dehors du territoire qui lui est réservé pour éviter un fâcheux concours de franchiseurs dans la même zone, ce qui ferait désordre.

II. — LES OBLIGATIONS DES FRANCHISÉS

Les obligations qui peuvent être imposées aux franchisés constituent la couche extérieure du cocon. Cette couche est double puisqu'elle consiste en :

- l'interdiction de prospecter hors du territoire, et
- l'obligation de n'exploiter la franchise qu'à partir des locaux visés au contrat.

C'est la règle du « chacun chez soi ».

Tout en limitant la liberté d'action de chaque franchisé, ces clauses les protègent dès lors qu'elles s'appliquent à tous.

Dans sa décision « Yves Rocher », la Commission avait pris acte de ce que chaque franchisé pouvait vendre à tout client quel que soit son domicile mais elle était restée muette sur l'interdiction des ventes actives et, dans l'affaire « Computerland », il n'existait aucune exclusivité de commercialisation. Dans ses règlements d'exemption sur les accords de distribution exclusive et sur les accords de licence de brevet, la Commission a admis l'interdiction de prospection active. C'est la même attitude qu'elle adopte dans le règlement franchise : le franchiseur peut donc interdire au franchisé de rechercher des clients hors de son territoire. Cette interdiction s'entend au sens large, et peut porter, par exemple, sur la publicité. Il s'agit-là d'un complément naturel de la clause territoriale mais qui ne débouche, en aucun cas, sur une exclusivité de clientèle. L'article 5-g confirme, au reste, la nécessité de ne pas interdire les ventes passives.

Les effets anti-concurrentiels de cette clause d'interdiction de prospecter sont assez atténués par rapport à ceux que la Commission a pu admettre par ailleurs dans la mesure où, s'agissant de réseaux de détaillants, les prospections d'envergure en dehors du cadre local sont beaucoup plus rares.

Pour ce qui a trait à la clause de localisation visée à l'article 2-c, on peut remarquer qu'à partir du moment où est admise l'interdiction de prospection hors du territoire, elle n'a plus un grand effet anti-concurrentiel puisque tout déplacement du local ne pourrait s'effectuer que dans le territoire contractuel. Tout au plus, en interdisant un rapprochement de la frontière de ce territoire, on diminue une confrontation possible de deux franchisés aux marches de leur territoire respectif. On interdit également une croissance externe du franchisé par la multiplication du nombre de ses magasins dans le même territoire. On notera à ce propos que si l'article 3-2-i permet d'interdire de déplacer le point de vente sans l'autorisation du franchiseur, l'article 8-e permet à la Commission de retirer le bénéfice de l'exemption si le refus n'est pas justifié par des raisons d'identité ou de réputation du réseau.

Ce n'est donc qu'en l'absence de clauses d'exclusivité territoriale que la clause de localisation revêt un effet anti-concurrentiel. Par une dissémination harmonieuse des points de vente franchisés, le franchiseur pourrait ainsi aboutir à des effets voisins de ceux résultant d'une exclusivité territoriale, sans pour autant que ses franchisés soient protégés. On pourrait se demander si, en pareil cas, cette restriction de concurrence trouverait sa contrepartie dans la nécessité d'assurer aux franchisés les justes retombées de leurs investissements.

Dans sa décision « Yves Rocher », la Commission avait précisé que la clause de localisation tombait sous le coup de l'article 85, § 1 dans la mesure où elle empêchait le franchisé de s'installer dans un autre État membre et, partant, affectait le commerce intracommunautaire.

Pour autant que le seuil de sensibilité soit atteint, voilà qui fait tomber dans l'orbite du droit communautaire les

contrats de franchise contenant de telles clauses et les retire du champ d'attraction des droits nationaux de la concurrence, tout en permettant aux tribunaux de chaque État d'appliquer directement le règlement.

Enfin l'article 2-e contient une disposition étrangère à l'objet principal de cet article et qui a trait à la possibilité de prévoir une clause de non-concurrence au profit du franchiseur : ce dernier peut imposer de ne pas fabriquer, vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services des produits concurrents des siens. Cette disposition, quoique voisine, est différente de celle de l'article 3-1-b qui n'est qu'une clause d'approvisionnement.

La clause de non-concurrence ne peut toutefois être étendue aux pièces de rechange et accessoires des produits vendus ou utilisés dans le cadre de la prestation de services. Dans ce cas, en effet, la clause ne se justifie plus par la nécessité d'établir un réseau cohérent qui s'identifie par les produits du franchiseur.

**

On retrouve donc dans cet article 2 toutes les clauses qui ne sont pas inhérentes au système même de la franchise et qui sont liées, pour l'essentiel, à la notion de territoire du franchisé. La Commission avait déjà affirmé que l'attribution d'un territoire exclusif protégé permettait aux franchisés de conduire une politique de vente plus active en concentrant leurs efforts sur leur seul territoire. On ajoutera qu'elle leur permet aussi d'espérer rentabiliser leur droit d'entrée et les redevances qu'ils versent aux franchiseurs. Pareille clause permet aussi au franchiseur d'assurer la planification de ses ventes et partant, la continuité de l'approvisionnement des détaillants.

En persévérant dans cette voie avec ce nouveau règlement d'exemption, la Commission applique ce précepte du Coran selon lequel un mal est permis si c'est pour un plus grand bien : le développement de la concurrence entre marques vaut bien des restrictions de concurrence au sein de la même marque.

■ COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 3.1

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

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

L'article 3 est également appelé liste blanche.

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

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

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

Premier groupe :

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

Deuxième groupe :

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

Le franchisé peut être soumis à l'obligation de :

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

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

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

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

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

Identifié : *Le fait que le savoir faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité* (Point 1 du règlement).

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

ARTICLE 3.1

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

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

La notion de propriété industrielle ou intellectuelle apparaît comme essentielle.

ARTICLE 3.1 (a)

POINT a ET b DU RÈGLEMENT

Ces deux premiers points concernent l'approvisionnement.

ARTICLE 3 (1) b

L'article 3 (1) b dispose :

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

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

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

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

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

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

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

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

1. NON CONCURRENCE PENDANT LE CONTRAT

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

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

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

Exemple :

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

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

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

2. CLAUSE DE NON CONCURRENCE APRÈS CONTRAT

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

QUID DE LA NOTION DE PÉRIODE RAISONNABLE ?

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

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

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

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

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

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

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

COMMENTAIRE

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

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

Les motivations des franchiseurs devront être objectives.

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

ARTICLE 3(1) (d) DU RÈGLEMENT

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

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

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

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

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

ARTICLE 3-1-(e)

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

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

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

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

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

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

Exemple :

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

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

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

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

Dans sa décision, la Commission a arrêté que :

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

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

ARTICLE 3 (f)

Le franchisé peut avoir pour obligation de :

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

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

— Réaliser un chiffre d'affaires minimal

— Planifier ses commandes à l'avance

— Détenir un stock minimal

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

ARTICLE 3 (g)

Le franchisé peut avoir pour obligation de :

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

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

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

■ COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 3.2

J.-J. BURST,

Professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg,
Directeur général du Centre d'Études Internationales
de la Propriété Industrielle (C.E.I.P.I.)

I. — LES MESURES QUI PEUVENT ÊTRE PRISES EN VUE DE LA PRÉSERVATION DE L'IDENTITÉ, DE LA RÉPUTATION DU RÉSEAU, DE FRANCHISE

L'identité et la réputation du réseau reposent essentiellement sur trois éléments :

- le savoir-faire
- les droits de propriété industrielle ou intellectuelle
- les autres éléments qui n'entrent pas exactement dans le cadre des deux premières catégories.

A. LE SAVOIR-FAIRE

— Article 3.2.e : L'obligation pour le franchisé « de suivre les cours de formation organisés par le franchiseur pour lui-même ou pour son personnel » est exemptée.

Voilà une obligation dont on comprend très bien qu'elle puisse faire l'objet d'une exemption ; le franchiseur doit pouvoir transmettre son savoir-faire au franchisé. Il s'agit sans doute de la formation initiale et vraisemblablement de la formation continue, c'est-à-dire du recyclage.

Article 3.2.f : L'obligation imposée au franchisé « d'appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur, y inclus toute modification ultérieure de celles-ci » est exemptée.

Si le franchiseur vient à apporter des modifications à son savoir-faire en cours de contrat, il pourra, d'une part, demander à son franchisé d'appliquer son nouveau savoir-faire et, d'autre part, lui imposer de suivre des stages de recyclage afin de le former à ces modifications.

— Article 3.2.d : L'interdiction « d'utiliser le savoir-faire fourni par le franchiseur à d'autres fins que l'exploitation de la franchise » est exemptée.

Le texte ajoute que le franchisé peut être tenu par cette obligation après la fin de l'accord. Un franchiseur peut donc imposer à son franchisé de n'utiliser ce savoir-faire que pour l'exploitation de sa franchise, et bien au-delà de la fin du contrat ; mais l'article 5.d. apporte des limites à cette interdiction.

— Article 3.2.a : Le franchiseur peut aussi imposer au franchisé l'obligation de ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par lui. Cette obligation peut survivre à la fin du contrat.

C'est la « clause de secret » qui produit ses effets pendant la vie du contrat et à son extinction, sans limitation semble-t-il, sauf peut-être le cas où il serait démontré que le savoir-faire dont il s'agit est connu de tous ou accessible à tous.

— Article 3.2.b : Bénéficie aussi de l'exemption « l'obligation pour le franchisé de communiquer au franchiseur toute expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise, et de lui accorder ainsi qu'aux autres franchisés une licence non exclusive pour le savoir-faire résultant de cette expérience ».

Le savoir-faire au départ est naturellement fourni par le franchiseur qui l'a élaboré et éprouvé. Le franchisé qui est appelé à l'appliquer va probablement rencontrer des difficultés auxquelles il va trouver remède. De là vont naître des améliorations, des perfectionnements qui seront le fruit de l'expérience du franchisé. Le franchisé pourra accorder au franchiseur ainsi qu'aux autres franchisés une licence pour le savoir-faire résultant de cette expérience ; encore faut-il que cette concession ne soit pas exclusive.

B. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE OU INTELLECTUELLE

L'article 3.2. énumère aussi des clauses concernant les droits de propriété industrielle ou intellectuelle. Ainsi échappent à l'interdiction de l'article 85.1. du Traité de Rome :

- la clause obligeant le franchisé à informer le franchiseur des contrefaçons des droits de propriété industrielle ou intellectuelle concédés,

- la clause obligeant le franchisé à intenter une action contre les contrefacteurs,

- la clause obligeant le franchisé à assister le franchiseur dans toute action en justice intentée contre un contrefacteur. Le texte vise les droits de propriété industrielle : il s'agira de la marque qui a été déposée, des brevets, des droits de dessins et modèles. La propriété intellectuelle englobe essentiellement les dessins et modèles qui ne seraient pas déposés et, par voie de conséquence, protégés par la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

Il est plus étonnant, par contre, de demander au franchisé d'intenter lui-même les actions en contrefaçon, alors que le franchiseur est mieux placé pour savoir comment défendre ses droits de propriété industrielle.

L'utilité de cette clause apparaît, peut-être, dans le cas de franchise principale (master franchise). En effet, dans le cas de franchise principale à l'étranger, le franchiseur peut estimer que le franchisé est mieux placé que lui pour intenter ces actions en contrefaçon dans un pays dont il ne connaît ni le Droit, ni les tribunaux.

- la clause imposant au franchisé l'utilisation de ces droits de propriété industrielle ou intellectuelle licenciés (art. 3.2.f.).

C. LES AUTRES ÉLÉMENTS

Le savoir-faire et les droits de propriété industrielle et intellectuelle concourent à la formation du « concept » et permettent qu'il y ait un véritable « réseau ».

Mais ce concept de réseau peut comporter d'autres éléments que le savoir-faire et les droits de propriété industrielle et intellectuelle.

C'est pourquoi le règlement, article 3.2.g prévoit que « le franchiseur peut imposer au franchisé de respecter les normes qu'il a prévues en matière d'équipement et de présentation des locaux et/ou de transport ».

« Les moyens de transport visés au contrat » devraient concerner l'hypothèse où le franchisé doit utiliser des moyens de transports, aux couleurs du franchiseur, ou qui doivent être spécialement équipés comme les camions frigorifiques par exemple.

Toutes ces clauses qui visent la protection de l'identifié et de la réputation du réseau peuvent être imposées au franchisé et sont automatiquement exemptées par le règlement.

Si le franchiseur peut imposer des obligations au franchisé, il doit pouvoir en contrôler le respect. Aussi allons-nous examiner la série de mesures concernant ce contrôle.

II. — LES MESURES QUI PEUVENT ÊTRE PRISES PAR LE FRANCHISEUR POUR CONTRÔLER LE RESPECT DE SES OBLIGATIONS PAR LE FRANCHISÉ

Trois types de clauses peuvent être insérées dans le contrat pour permettre au franchiseur d'exercer son contrôle.

— Article 3.2.h : « Permettre au franchiseur d'effectuer des contrôles des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat, y compris les produits vendus et les services fournis ainsi que les inventaires et les états financiers du franchisé. »

Il faut noter le contrôle le plus important, celui des états financiers du franchisé.

— Article 3.2.i. : « Ne modifier l'emplacement des locaux visés au contrat sans l'accord du franchiseur. »

Il ne faut pas se limiter à la lecture de ce texte car on pourrait penser que l'accord du franchiseur peut être refusé discrétionnairement, ce qui n'est pas le cas. A la lecture de l'article 8.7., on constate en effet, que le refus devra être motivé et tenir essentiellement au souci de préserver l'identité et la réputation du réseau, ainsi que le savoir-faire.

Article 3.2.i. : « Ne pas céder les droits et obligations résultant du contrat sans l'accord du franchiseur. »

C'est une disposition qui est courante dans les contrats de franchise. Il semble que le texte vise la cession isolée du contrat.

— On peut sans difficulté aucune, dans un contrat, stipuler que compte-tenu du caractère personnel de l'accord, le franchisé ne pourra céder à un tiers son contrat sans l'agrément du franchiseur.

— Le décès du franchisé pourra aussi permettre au franchiseur de soumettre la transmission du contrat à son accord.

— En ce qui concerne la vente du fonds de commerce, la solution est la même.

— En revanche, la clause que nous rencontrons dans les contrats de franchise et qui stipule qu'en cas de prise de participation dans le capital social du franchisé, le franchiseur pourra mettre fin au contrat, ne semble pas être exemptée.

En effet, il n'y a pas dans ce cas cession de contrat.

■ COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 4

Maître J.-M. LELOUP,
Avocat à la Cour de Poitiers

Je me méfie un peu du daltonisme juridique et je crains que du gris au blanc, du gris au noir, il y ait parfois des différences d'appréciations. Avec l'article 4, la question ne se pose pas. Ses exigences sont absolument impératives. Il ne peut y avoir d'exemption par catégorie que si les conditions de l'article 4 sont réunies. Mais chacun d'entre nous a observé que le texte tel qu'il va être empreint de la sanction du Droit positif n'est plus le même que celui qui avait été publié en août 1987 au J.O. des Communautés, et nous devons nous demander ce qu'il en est des conditions impératives éventuellement non dites.

En conséquence je vous propose de voir les conditions obligatoires énoncées et les conditions obligatoires implicites.

I. — LES CONDITIONS OBLIGATOIRES ÉNONCÉES

Pour ce qui est des conditions obligatoires énoncées, nous sommes au confluent du Droit de la franchise et du Droit communautaire de la concurrence : chacun de ces courants a inspiré l'article 4. Je serai tenté de distinguer l'article 4 en vertu du Droit communautaire et l'article 4 en vertu même de la nature de la franchise.

A. EN VERTU DU DROIT COMMUNAUTAIRE, NOUS TROUVONS LE PARAGRAPHE a)

Il est nécessaire que « *le franchisé soit libre d'acheter les produits faisant l'objet de la franchise aux autres franchisés ; en cas de distribution parallèle par un autre réseau de distributeurs agréés, le franchisé doit être libre de s'approvisionner auprès de ceux-ci* ».

C'est donc une liberté absolue d'importation parallèle, constante du Droit communautaire de la concurrence, moyen de mettre en œuvre la libre fixation des prix par chaque opérateur économique, car si le consommateur ne peut s'adresser à n'importe lequel des vendeurs, et si par conséquent ceux-ci ne peuvent pas se réapprovisionner entre eux, la liberté des prix serait vaine. C'est une constante du Droit communautaire, nous pourrions citer des décisions de la Commission ou de la Cour à cet égard.

Vous connaissez notamment la *décision Sperry New Holland*, qui frappait d'une amende de 750 000 écus une société qui faisait obstacle aux exportations en ne donnant pas une prime aux distributeurs qui n'étaient pas en mesure de fournir un certificat du lieu de destination de leur produit (16 décembre 1985).

Et la Cour, dans son arrêt du 10 décembre 1985, a dit pour droit « *que la clause par laquelle un fabricant refuse sa garantie aux clients des distributeurs parallèles est incompatible avec l'article 85-1* » (aff. 31-85, ETA/D.K. Investment).

Donc, pour ce paragraphe a), nous sommes dans le droit fil du Droit communautaire de la concurrence. Mais, précisément, l'affaire 31-85 jugée le 10 décembre 1985, nous inspirait des réflexions sur la garantie et c'est là où le courant né du Droit de la franchise va nourrir cet article 4.

B. LE DROIT DE LA FRANCHISE A INSPIRÉ LES ALINÉAS b ET c

Alinéa b :

« *Si le franchiseur impose au franchisé d'assurer une garantie pour les produits du franchiseur, cette obligation s'applique généralement aux dits produits vendus dans le marché commun par d'autres membres du réseau ou par d'autres distributeurs qui appliquent une garantie similaire.* »

Nous retrouvons exactement la même disposition dans le règlement 123-85 sur la distribution automobile en ce qui concerne la garantie, le service gratuit et les opérations de rappel. Nous constatons ici combien la nécessité commerciale du réseau, qui est la dominante du Droit contemporain de la distribution, est prise en compte par le Droit communautaire. Ce que veut l'opérateur c'est exercer une action identique sur tous les points de son marché grâce aux éléments de son réseau. Il offre un avantage au consommateur et ici notre règlement veut impérativement que cet avantage soit fourni.

Alinéa c :

De même, le Droit et la nature même de la franchise ont inspiré l'alinéa c). Cet alinéa impose que le franchisé soit tenu d'indiquer sa qualité de commerçant indépendant sans pour cela interférer avec l'image du réseau. Et c'est bien ici la nature de la franchise : contrat de collaboration entre entreprises indépendantes, il est important que les consommateurs soient informés de la réalité des liens contractuels. Celui qui créerait une apparence trompeuse en supporterait les conséquences. Ce que souhaite le règlement, c'est la parfaite réalité d'identification, nous sommes entre entreprises indépendantes.

Mais nous avons dans le projet publié en août 1987 deux autres alinéas dans l'article 4 que nous ne retrouvons plus dans l'article 4 aujourd'hui et je vous suggère dans un second développement de réfléchir sur le destin de ces alinéas que nous ne retrouvons plus.

II. — LES CONDITIONS OBLIGATOIRES IMPLICITES

Il y avait la détention d'intérêts financiers dans une entreprise concurrente.

Il y avait la description, dans le contrat ou un document annexe, des éléments du savoir-faire.

A. LA DÉTENTION D'INTÉRÊTS FINANCIERS

La détention d'une partie du capital d'une entreprise concurrente (ex. paragraphe c) de l'article 4 h est devenue le paragraphe d) de l'article 3. Elle demeure permise au franchisé s'il n'influe pas ainsi sur les décisions du concurrent.

Il faut se garder d'une vision misérabiliste du franchisé. Il n'est pas nécessairement un petit commerçant. Il y a un certain nombre de franchises parmi lesquelles on trouve des franchisés qui sont des entreprises importantes, plus importantes que le franchiseur lui-même, et qui trouvent dans la franchise un mode de diversification.

Le texte de l'article 3 est meilleur que celui d'août 1987 qui confondait la détention du capital, et l'activité. Aujourd'hui on ne parle plus que de ce qui est lié à la détention du capital c'est-à-dire la possibilité d'influencer les décisions de celui dont on détient une partie des droits sociaux.

B. NOUS ALLONS TERMINER SUR L'EX PARAGRAPHE d OÙ IL ÉTAIT DIT :

« L'exemption ne peut être accordée qu'à la condition que les parties décrivent dans le détail, dans un contrat ou documents annexes, le savoir-faire, les autres droits qui constituent la franchise. »

Cette obligation n'a pas disparu, elle n'est plus située au même endroit du texte, mais figure dans l'article premier, dans lequel on entend, pour l'application du présent règlement, l'accord de franchise avec un savoir-faire secret, substantiel et identifié, et pour ce qui est de ce

caractère d'identification, l'article premier explique que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplisse les conditions de secret et de substantialité.

La description peut en être faite dans un document séparé ou sous une autre forme appropriée, ce qui revient à dire que le règlement d'exemption par catégorie n'est applicable qu'aux véritables contrats de franchise, avec un véritable savoir-faire. On ne peut que se féliciter de cette exigence, mais on doit constater ses conséquences.

Je terminerai par deux suggestions à cet égard. Par cet article premier, la Commission incite à de véritables franchises (véritable savoir-faire communiqué). La deuxième réflexion répond peut être à une question posée ce matin par M^{me} de Montblanc qui parlait de domination ou d'abus de domination du Droit communautaire. Il est certain que nous sommes dans un règlement qui ne vise que le Droit de la concurrence et n'est pas un modèle contractuel, mais il n'en demeure pas moins qu'il va exercer par le contrôle de l'article premier une influence sur la nature même des relations contractuelles. Loin de dire qu'il y a un quelconque abus de domination, il faut constater la réalité : le Droit se fait aujourd'hui à Bruxelles, ce n'est pas un abus de domination, c'est une évolution du Droit.

■ COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 5

J. ACQUAVIVA,
Conseil juridique - Fidal.

Je ne pourrai être l'homme des évidences. Voici venir le temps des interdits, des clauses noires... mon commentaire des « sept péchés capitaux » :

Ceux qui ne posent pas de problèmes particuliers, d'une part, ceux qui soulèvent de nombreuses difficultés, d'autre part.

I. — CLAUSES NOIRES « SANS PROBLÈMES »

PÉCHÉ N° 1

Article 5.a) : Une constante du droit communautaire, lorsque « des entreprises fabriquant des produits ou prestant des services qui sont identiques ou considérés comme similaires par les utilisateurs en raison de leurs propriétés... concluent entre elles des accords de franchise concernant ces produits ou services », le présent règlement ne s'applique pas.

De nombreux règlements de contrats de distribution ont mentionné cette interdiction.

Le règlement comporte une différence par rapport au projet, on ne parle pas d'accords réciproques de franchise, mais simplement « *concluent entre elles des accords de franchise concernant des produits ou services* ». Il faudra s'interroger plus tard sur cette différence de rédaction.

PÉCHÉ N° 2

Clauses de l'article 5.d) associé à l'article 5.f)

L'article 5.d) traite du problème du transfert du Droit de propriété industrielle ou intellectuelle et de la communication. Il est interdit que le franchisé soit « empêché de continuer à utiliser après l'expiration du contrat, le savoir-faire licencié, devenu généralement connu ou facilement accessible sans que cela résulte d'une violation de ses obligations par le franchisé ».

PÉCHÉ N° 3

L'article 5.f) interdit que le « franchiseur impose au franchisé de ne pas contester les droits de propriété industrielle ou intellectuelle qui constituent la franchise sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de mettre fin à l'accord dans un tel cas ». On retrouve cette prohibition, soit dans des règlements antérieurs, soit dans des décisions de la Cour de Justice, celle-ci n'appelle pas de commentaires particuliers.

II. - CLAUSES NOIRES « À PROBLÈMES »

A) LES CLAUSES NOIRES RELATIVES À L'APPROVISIONNEMENT

PÉCHÉ N° 4

L'exemption prévue à l'article 1^{er} ne s'applique pas, article 5.b) : lorsque « *le franchisé est empêché de s'approvisionner en produits de qualité équivalente à ceux qui lui sont proposés par le franchiseur* ».

Ces clauses sont difficiles à interpréter et à manipuler. On peut s'interroger sur la portée de ces dispositions.

Le texte du projet me paraissait assez clair, si je me fonde sur la jurisprudence Pronuptia et, en outre, sur la décision Computerland, j'ai le sentiment que la distinction qui doit s'opérer tient des notions de franchise de producteur et de franchise de distributeur. Je pense que la Commission a voulu mettre en évidence le fait que des restrictions en matière de clauses d'approvisionnement peuvent être admises lorsqu'il s'agit d'une franchise de producteur. En revanche, elles seront sévèrement condamnées lorsqu'il s'agit d'une franchise de distributeur.

La distinction fondamentale est là, mais nous aurons à nous expliquer sur sa portée exacte compte-tenu des différences de rédaction qui existent entre le projet et le texte définitif. Cette distinction apparaissait évidente puisque, dans l'article 1 paragraphe 3, on distinguait la franchise de production, qui est celle où le franchiseur producteur fait circuler des produits fabriqués à son nom et à sa marque, ou fabriqués par des tiers, sous-traitants, sous-licenciés, alors que cette distinction n'apparaît plus avec la même évidence dans la rédaction actuelle, sauf si on se réfère à la définition de la notion de produit du franchiseur donnée à l'article 1, paragraphe d).

C'est cette passerelle qui permet d'analyser la distinction qu'il convient de faire au titre des paragraphes 5.b) et 5.c).

B) LES CLAUSES NOIRES RELATIVES À L'INTERVENTION DU FRANCHISEUR DANS LA POLITIQUE DU FRANCHISÉ

PÉCHÉ N° 5

Paragraphe 5.e) : « Le franchisé est limité par le franchiseur, directement ou indirectement, quant à la détermination des prix de vente des produits et services qui font l'objet de la franchise, sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de recommander des prix de vente ».

Cette disposition résulte directement de l'arrêt Pronuptia. Le problème est de savoir ce que l'on entend par recommandation des prix de vente puisque dans chaque pays des techniques particulières vont intervenir pour l'assurer.

PÉCHÉ N° 6

L'article 8, paragraphe d) dispose que peuvent conduire au retrait de l'exemption des circonstances qui permettent d'observer que « *les franchisés réalisent des pratiques concertées en ce qui concerne les prix de revente des produits ou services qui font l'objet de la franchise* ».

Voilà une circonstance indépendante de la volonté du franchiseur, étrangère au rapport franchiseur/franchisé ; une telle concertation intervenue entre franchisés est de nature à remettre en cause l'exemption à l'insu du franchiseur.

PÉCHÉ N° 7

Il me reste à aborder la clause noire (5.g) qui a trait à la localisation du franchisé. Elle pose une interdiction :

« *Les franchisés sont tenus de ne pas fournir, à l'intérieur du Marché Commun, les produits de la franchise à*

des utilisateurs finals en raison de leur lieu de résidence. »

Clause également traditionnelle, qu'il convient, à mon sens, de combiner avec l'article 2 paragraphe d) qui, au titre des restrictions de concurrence exemptées, nous dit qu'est exemptée « *l'obligation pour le franchisé de s'abstenir de rechercher les clients hors du territoire visé au contrat pour les produits ou services qui font l'objet de la franchise* ».

Nous avons à nous interroger sur les différences qui existent par rapport aux autres règlements, notamment sur la notion de vente passive ou de démarche passive de la part du distributeur. La combinaison de ces différents textes permet-elle de retrouver les mêmes mécanismes que ceux précédemment analysés dans les autres règlements de distribution ? Il est écrit qu'on ne peut interdire ou priver les franchisés de vendre ou d'assurer des prestations à des utilisateurs finals en raison de leur lieu de résidence, il est par ailleurs rappelé dans le règlement à l'article 2 paragraphe d) qu'il n'a pas à développer une politique active en dehors de son secteur.

Voilà un survol des « sept péchés capitaux » qui sont de nature à condamner le contrat de franchise, à interdire le mécanisme d'exemption que nous aurons à développer au cours de notre débat.

■ COMMENTAIRE DES ARTICLES 6 ET 8 DU RÈGLEMENT

D. FERRIER,
Professeur à la faculté de Droit de Montpellier.

Après avoir considéré les clauses des contrats de franchise sur le mode indicatif pour traiter les clauses qui peuvent être stipulées (art. 2 et 3 clauses licites dites « blanches », supra) puis sur le mode impératif pour analyser les clauses qui doivent (art. 4 clauses obligatoires) ou qui ne doivent pas (art. 5 clauses interdites dites « noires », supra) être stipulées, il reste à utiliser le mode interrogatif.

L'interrogation doit porter, en premier lieu, sur les autres clauses, celles qui ne relèveraient ni de la catégorie des clauses admises ni de celle des clauses nettement prohibées, et que l'on désigne, dans un raccourci chromatique, comme les clauses « grises » ; dans quelle mesure ces clauses seront-elles admises ?

L'interrogation doit porter, en second lieu, sur les effets anticoncurrentiels qui pourraient être attachés à la mise en œuvre d'une opération de franchise fondée sur un ensemble de stipulations pourtant indiscutables au regard des exigences du Règlement.

On considèrera donc le régime des stipulations non prévues par le Règlement (I) et celui des effets non voulus par le Règlement (II).

I. — LES STIPULATIONS NON PRÉVUES

Le Règlement d'exemption par catégorie a pour objet de définir les conditions dans lesquelles certaines catégories d'accords de franchise peuvent, nonobstant le caractère restrictif de concurrence de leur stipulation, être reconnues valables en Droit Communautaire de la concurrence. Il va de soi que cette reconnaissance ne saurait faire obstacle à la remise en cause du contrat de franchise sur le terrain du Droit des obligations (pour indétermination du prix, par exemple, cf. Cah. Dr. Entr. 1987-4, D. Ferrier « Le prix dans la franchise de service »), voire même sur le terrain du Droit interne de la concurrence (cf. Cah. Dr. Entr. 1987-2 « Franchise et concurrence »).

Il n'était pas possible dans le cadre de ce Règlement d'aborder toutes les stipulations susceptibles de se rencontrer dans les contrats de franchise. C'est à travers son expérience, au demeurant assez limitée (Affaires Pronuptia, Computerland, Yves Rocher, Charles Jourdan, Services master, supra), que la Commission a, en effet, élaboré ce dispositif (cf. Règlement Considérant n° 4 « ... sur la base de l'expérience de la Commission... ») ; aussi a-t-elle pris soin d'envisager le sort des clauses non visées dans le Règlement :

« Les accords qui ne sont pas automatiquement exemptés parce qu'ils comprennent des clauses non expressément admises par le Règlement sans comporter de restrictions expressément exclues, sont néanmoins susceptibles de bénéficier de la présomption générale de compatibilité avec l'article 85 paragraphe 3, sur laquelle est fondée l'exemption par catégorie, et la Commission est à même d'établir rapidement si tel est le cas pour un accord déterminé » (Règlement, Considérant n° 14).

Se trouve instituée ici une procédure dite de non opposition :

« Il y a donc lieu de considérer de tels accords comme couverts par l'exemption prévue au présent règlement lorsqu'ils sont notifiés à la Commission et que celle-ci ne s'oppose pas à l'application dans un délai déterminé » (Règlement, Considérant n° 14).

L'article 6 du Règlement impose qu'une notification accompagnée de toutes les informations utiles sur les stipulations concernées par cette procédure (art. 6-3) soit adressée, par lettre recommandée, à la Commission (art. 6-2). Celle-ci aura alors un délai de six mois pour faire opposition à l'exemption (art. 6-1).

— **A défaut d'opposition**, les stipulations douteuses profiteront de l'exemption dont bénéficie l'accord de franchise qui les contient. La portée de ce défaut d'opposition est encore incertaine parce que l'on ignore la démarche que suivra la Commission. La stipulation notifiée sera-t-elle examinée isolément ou dans son contexte contractuel ?

La première solution correspond mieux à la souplesse recherchée à travers la procédure de non opposition mais réduit considérablement son intérêt puisque la stipulation pourrait se révéler contestable par sa combinaison avec d'autres clauses ; la seconde solution permettrait d'apprécier de manière pertinente la stipulation en cause mais alourdirait la tâche de la Commission en lui imposant un traitement voisin de celui prévu à l'article 85 paragraphe 3 du Traité (Sur les autres questions soulevées par cette procédure, cf. infra Communication M.-C. Boutard-Labarde).

— **Au cas d'opposition**, l'accord de franchise ne bénéficiera plus de l'exemption sur le fondement du Règlement ; il pourra cependant être exempté si les conditions requises, à cette fin, par l'article 85 paragraphe 3 du Traité de Rome sont remplies (art. 6-7 et 6-8).

On rejoint, ici, la procédure de notification dite encore « d'exemption individuelle » qui permet à la Commission de rendre une décision d'application de l'article 85 paragraphe 3 à la demande d'une entreprise (Règlements n° 17-62 du 2 mars 1962 et n° 1173-68 du 26 juillet 1968).

II. — LES EFFETS NON VOULUS

L'accord de franchise qui ne comportera que des stipulations explicitement admises ou imposées par le Règlement d'exemption pourra, cependant, se voir retirer le bénéfice de l'exemption s'il produit certains effets anticoncurrentiels.

L'article 8 du Règlement envisage cinq hypothèses dans lesquelles l'opération de franchise emportant une exclusivité territoriale au profit du franchisé (ce qui revient à admettre indirectement une franchise sans exclusivité territoriale), ne pourra pas être exemptée. Il s'agit d'une liste non exhaustive comme le traduit l'utilisation dans ce texte de l'adverbe « notamment ».

Certaines de ces hypothèses tiennent à la situation de la concurrence sur le marché concerné et sont classiques, voire redondantes, dans le cadre du Règlement. Il s'agit :

— de l'élimination de la concurrence par « l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires établis par des producteurs ou distributeurs concurrents » (art. 8-a, sur cette question cf. D. Achach « Franchise et Règlement d'exemption » Cah. Dr. Entr. 1987-2 ; rapp. art. 5-a sur les accords croisés, *supra*).

— de l'insuffisance de la concurrence pour les produits ou services faisant l'objet de la franchise, lesquels ne seraient pas soumis dans une partie substantielle du Marché Commun à la concurrence effective de produits ou services identiques ou considérés comme similaires par le consommateur (art. 8-b).

— du cloisonnement des marchés au sein du Marché Unique soit par l'utilisation de différences de spécifications relatives aux produits ou services concernés par la franchise, soit par les obstacles mis à la satisfaction de demandes d'utilisateurs finals, en raison de leur lieu de résidence (art. 8-c qui reprend le dispositif de l'art. 5-g *supra*).

D'autres hypothèses tiennent au comportement des parties à l'accord de franchise. Se trouvent visés :

— l'entente entre franchisés en vue d'harmoniser leur politique de prix de revente (art. 8-d). On peut se demander à quel titre le franchiseur, auquel il est interdit d'imposer aux franchisés des prix de revente et donc d'influer sur leur prix de revente (art. 5-e *supra*), pourrait ainsi se

trouver sanctionné par la remise en cause de ses contrats lorsque des franchisés réalisent entre eux une action concertée en matière de prix. Le franchiseur est-il, désormais, tenu de contrôler les concertations possibles entre franchisés ?

— le contrôle abusif du franchiseur qui utiliserait son droit d'examen de l'exploitation du franchisé ou sa faculté d'agrément au cas de déplacement matériel de l'entreprise (la notion de « déplacement des locaux visés au contrat » est une traduction audacieuse de l'idée de « déplacement du fonds de commerce franchisé ») ou de transfert juridique du contrat (notamment par cession ou apport de l'entreprise), à d'autres fins que celles de la protection de ses brevets ou savoir-faire, de la préservation de son image ou de la surveillance de la bonne exécution du contrat (art. 8-e). On se demande quelles sombres motivations se trouvent implicitement visées par cette disposition, qui ne relèverait pas des pratiques déjà condamnées au titre de l'article 8-a, b et c.

Il demeure que, sous l'apparente simplicité de dispositions précisant le sort des diverses stipulations généralement rencontrées dans les contrats de franchise, se cache la complexité des dispositions traitant les combinaisons offertes tant par le jeu de la liberté contractuelle que par celui des comportements des parties et, bien sûr, des concurrents sur le marché concerné.

En admettant que la franchise ait pu gagner à être ainsi reconnue au plan communautaire, il n'est pas sûr que la sécurité juridique des franchiseurs et franchisés bénéficie pleinement de cette attention.

ANNEXE

- *Règlement « Franchise » du 30 novembre 1988 :*

Publié au J.O.C.E. n° L 359, du 28 décembre 1988 et au J.C.P., éd. E, 1989, III, 62306. Le règlement est entré en vigueur le 1^{er} février 1989.

- *Règlement « Licence de savoir-faire » n° 556/89 du 30 novembre 1988:*

Publié au J.O.C.E. n° L 61 du 4 mars 1989. Le règlement entrera en vigueur le 1^{er} avril 1989.

■ COMPARAISON AVEC LES AUTRES RÈGLEMENTS « Distribution ».

M.-Ch. BOUTARD-LABARDE,
Professeur à la Faculté de Droit Paris-Nanterre.

Je ne me livrerai pas à une comparaison clause par clause des différents règlements d'exemption par catégories « distribution », ce pour trois raisons. La première est qu'il existe aujourd'hui quatre règlements communautaires en la matière : le règlement 1983/83 du 30 juin 1983 concernant les accords de distribution exclusive (1), le règlement 1984/83 du 30 juin 1983 concernant les accords d'achat exclusif (2), le règlement 123/85 du 12 décembre 1984 sur les accords de distribution et de service de vente et d'après vente de véhicules automobiles (3), enfin le tout récent règlement franchisé du 30 novembre 1988 (4).

La seconde raison est que le règlement franchise a été longuement commenté tout au long de cette journée et que je serais donc conduite à vous infliger d'ennuyeuses répétitions. Enfin, troisième raison ce n'est pas ce que m'ont demandé les organisateurs de ce colloque. Ils ont souhaité que je me mette à la place d'une entreprise (exercice difficile pour une universitaire !) et que je me demande quel règlement elle a intérêt à choisir et quels seront les critères de ce choix.

A la réflexion deux questions me sont venues à l'esprit. Ce choix, que l'on me demandait de vous présenter, existe-t-il vraiment ? Et dans l'affirmative, quels pourraient en être les critères ?

1. — L'EXISTENCE DU CHOIX

Une observation préalable s'impose. Il faut bien sûr supposer une entreprise qui a, dans les faits, les moyens de choisir entre les différents règlements. Une entreprise qui possède un savoir faire, une enseigne, une marque... tous les éléments caractéristiques d'une franchise. Une telle entreprise peut-elle choisir entre le règlement franchise et l'un des autres règlements distribution ? Ce choix est-il juridiquement ouvert ?

Si on analyse les différents règlements on constate que la Commission a envisagé cette question. Encore n'y a-t-elle pas toujours pensé et, lorsqu'elle y a répondu, ne l'a-t-elle pas toujours fait à la même place.

Il est en effet intéressant de noter au passage, mais sans nous y arrêter car tel n'est pas le propos aujourd'hui, que certaines des dispositions réglant la question de l'option entre deux ou plusieurs règlements figurent dans le corps du règlement, dans un article, alors que d'autres apparaissent simplement dans l'exposé des motifs.

Il convient d'en dresser la liste :

— dans le règlement 1983/83 concernant les accords de distribution exclusive, le considérant 15 de l'exposé des motifs énonce que « le présent règlement ne porte pas atteinte à l'application du règlement (C.E.E.) 3604/82

(1) J.O.C.E. n° L. 173 du 30 juin 1983.

(2) *Ibid.*

(3) J.O.C.E. L. 15 du 18 janvier 1985.

(4) Règlement remplacé par le règlement (C.E.E.) 417/85 du 19 décembre 1984, J.O.C.E. L. 53 du 22 février 1985 ; v. d'ailleurs le point 14 de l'exposé des motifs.

de la Commission du 23 décembre 1982 concernant l'application de l'article 85 § 3 du Traité et des catégories d'accords de spécialisation (5) ».

— Le règlement 1984/83 contient une disposition identique au considérant 23 de l'exposé des motifs. En outre, l'article 16 indique que le règlement ne s'appliquera pas aux « accords dans lesquels le fournisseur s'engage vis-à-vis du revendeur à ne livrer qu'à celui-ci dans le but de la revente dans l'ensemble ou dans une partie définie du territoire du Marché Commun, alors que le revendeur s'engage vis-à-vis du fournisseur à n'acheter ces produits qu'à ce dernier ». Le règlement « achat » exclut ainsi son application aux accords qui relèvent du règlement « distribution ».

— On trouve aussi des dispositions particulières à certains types de produits : Les contrats de bière et ceux de station service font l'objet de dispositions spéciales du règlement 1984/83. En conséquence le règlement « distribution » prévoit-il, à l'article 8, qu'il n'est « pas applicable aux accords conclus dans le but de la revente de boissons dans des débits de boissons ou de produits pétroliers dans des stations services ». Les contrats de bières et ceux de station service ne peuvent bénéficier que du règlement « achat ».

Enfin, l'article 17 du règlement 1984/83 exclut son application lorsque, dans le but de la revente au même endroit (même débit de boisson ou même station service), les entreprises concluent à la fois des accords d'achat exclusifs relevant des dispositions générales que des accords relevant des dispositions particulières aux contrats de bière ou de station service.

— Dans le règlement automobile, le point 29 de l'exposé des motifs réserve l'application des règlements distribution, achat et même spécialisation.

— Enfin, le règlement franchise, au point 17 de l'exposé des motifs énonce que « des accords peuvent bénéficier des dispositions du présent règlement ou d'un autre règlement, en fonction de leur nature particulière et à condition qu'ils remplissent les conditions d'application nécessaires. Mais ils ne peuvent pas bénéficier d'une combinaison des dispositions du présent règlement avec celles d'un autre règlement d'exemption par catégories ».

On notera que cette disposition est différente de celle qui figurait dans le projet de règlement publié en août 1987 et selon laquelle « les accords auxquels le présent règlement est applicable ne peuvent bénéficier des dispositions d'autres règlements d'exemption par catégorie » (point 16) (6).

Que déduire de ces différentes dispositions ? On retiendra, en premier lieu, que les entreprises doivent choisir en bloc un règlement déterminé. Elles ne peuvent pas se constituer un règlement « sur mesure » en choisissant dans les différentes clauses exemptées par les règlements existants celles qui leur conviennent. Cette limitation figure dans le seul règlement de franchise, mais elle est de la logique de l'exemption par catégories.

(5) J.O.C.E. n° L. 359 du 28 décembre 1988.

(6) J.O.C.E. n° C. 229 du 27 août 1987.

On retiendra aussi qu'il existe des cas de « *choix imposé* ». Ainsi en est-il par exemple pour les contrats de bière ou de station service.

Reste la question de savoir s'il est possible de choisir entre le règlement franchise et un des règlements du 30 juin 1983, « achat » ou « distribution ». Le règlement franchise retient *deux critères*. Il faut que les *conditions d'application du règlement* que l'on choisit soient réunies. L'exigence va de soi. Mais il faut aussi tenir compte de la « *nature particulière* » de l'accord.

Cette référence figurait déjà dans l'arrêt Pronuptia (7). On s'en souvient en effet, la question de l'applicabilité du règlement 67/67 (8) avait été posée dans l'affaire Pronuptia et la Cour avait répondu par la négative. Elle avait avancé quatre arguments :

1. Le règlement concerne spécifiquement les engagements de livraison et d'achat et non des contrats dont les prestations caractéristiques sont l'utilisation d'une même enseigne, l'application de méthodes commerciales uniformes et le paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis.

2. Le règlement vise expressément des contrats de concession exclusive, donc des contrats de nature différente.

3. Le règlement n'envisage que les obligations contractuellement imposées à une seule partie : les distributeurs tandis que, dans l'économie du contrat de franchise, les obligations assumées par franchiseur sont tout à fait essentielles.

4. Certaines obligations indispensables au bon fonctionnement de la franchise de distribution (paiement de redevances, contrôles) ne sont pas mentionnées dans le règlement 67/67.

C'est donc bien parce qu'il visait des contrats de « *nature différente* » que le bénéficiaire du règlement 67/67 était refusé aux contrats de franchise ; et l'on s'accordait à reconnaître que la même solution devait être étendue, a fortiori, aux règlements du 30 juin 1983.

Doit-on en conclure que le choix est impossible ? Peut-être pas. D'ailleurs le texte définitif du règlement franchise est tout de même plus large que celui du projet lequel interdisait purement et simplement toute option. Mais il est certainement plus étroitement ouvert qu'on pourrait le penser. A supposer toutefois que les entreprises aient le choix, quels doivent être leurs critères ?

2. — LES CRITÈRES DE CHOIX

Il ne saurait être question de se livrer à une étude détaillée et comparative des différents articles des règlements franchise et distribution. Cela me conduirait à répéter ce qui a été excellemment exposé aujourd'hui. J'ai donc choisi d'insister sur deux points. Deux critères me paraissent essentiels : un critère commercial et un critère juridique.

A) CRITÈRE COMMERCIAL

On ne peut négliger cet aspect. Une entreprise qui possède un réel savoir faire, la possibilité de mener une

(7) C.J.C.E. 28 janvier 1986, aff. 161/84 v. note Burst et Kovar « *La mariée était en blanc* » (G.P. 26 juin 1986, I, doc. 392 ; M.-A. Hermitte Clunet 1987, 449 ; M.-C. Boutard-Labarde R.T.D.E. 1986, 298.

(8) Règlement remplacé par les règlements D. 1983/83 et 1984/83 du 30 juin 1983, v. supra note 1 et 2, J.O.C.E. n° 57 du 25 mars 1967 ; 849/67.

politique de marque unitaire et originale ne va pas minimiser ces atouts pour se couler dans le moule du règlement « *distribution exclusive* » en présentant son contrat comme une concession classique.

Pour le reste, on peut peut-être retenir trois paramètres.

1. Les *contraintes* que le fabricant peut imposer à son réseau en matière d'*approvisionnement*. Sous ce rapport, bien sûr, le plus ouvert est le règlement 1984/83 (art. 2). Mais de telles contraintes peuvent aussi être imposées dans le règlement distribution (art. 2.b) et même dans le règlement franchise. Encore faut-il qu'il y ait alors des justifications objectives (v. art. 3.a, b, et art. 5 b et c). Dans l'ensemble, il est possible d'exiger des revendeurs l'engagement d'acheter des assortiments et des quantités minimales (régl. franchise art. 3.1.f. régl. distribution art. 3a, régl. achat art. 3 a et b).

2. Les rigidités internes au réseau, notamment la *répartition géographique des zones de vente* : A cet égard, il faut relever qu'il est impossible de limiter territorialement la zone de vente des revendeurs dans le règlement 1984/83. Le règlement distribution autorise bien sûr l'exclusivité simple et l'interdiction de prospection systématique hors zone (art. 2). On notera toutefois que l'application du règlement est exclue quand les utilisateurs ne peuvent acheter les produits visés au contrat dans le territoire concédé qu'au concessionnaire exclusif et qu'il n'existe pas de source d'approvisionnement à l'extérieur de ce territoire (art. 3).

Le règlement franchise permet aussi l'exclusivité simple de distribution, l'interdiction de prospection systématique hors zone (art. 2). Mais, en plus, il permet d'interdire au franchisé de déplacer ses locaux sans l'accord du franchiseur (art. 3.2.i) et d'exploiter la franchise en dehors du local contractuel (art. 2c).

3. Le cas des *réseaux de distribution parallèles*. Le règlement franchise est le seul qui prévoit la question. L'article 3.1 e permet d'imposer au franchisé de vendre les produits qui font l'objet de la franchise seulement à des utilisateurs finals ou à d'autres franchisés. Mais lorsque ces produits ne sont pas vendus par d'autres canaux par le franchiseur ou avec son consentement.

Aux termes de l'article 4 a) l'exemption s'applique à condition que le franchisé soit libre d'acheter les produits faisant l'objet de la franchise aux autres franchisés. En cas de distribution parallèle par un autre réseau de distributeurs agréés, le franchisé doit être libre de s'approvisionner auprès de ceux-ci.

On relèvera l'existence d'une différence. L'article 4 vise le cas où le fabricant a deux réseaux, un réseau de franchisés et un réseau de distribution sélective, alors que l'article 3 vise plus généralement le cas où il existe un réseau de franchise et « un autre canal ». Il n'est alors pas possible d'interdire aux membres des différents réseaux de s'approvisionner réciproquement.

Rien de tel n'est prévu dans les règlements distribution. Mais la Commission a déjà eu l'occasion de se prononcer sur cette question à propos d'un réseau de distribution sélective. Et a admis l'interdiction de vente à des distributeurs non agréés. Mais dans une récente décision, la décision Konica (9), la Commission a considéré que lorsqu'un produit est vendu dans un État-membre par le commerce spécialisé, et dans un autre par l'intermédiaire de détaillants ordinaires, il devient impossible d'interdire les approvisionnements réciproques entre membres des différents réseaux. Il est donc possible de créer des réseaux différents, mais le maintien de leur spécificité risque d'être difficile.

(9) Konica décision du 18 décembre 1987 J.O.C.E. n° L. 78 du 23 mars 1988.

Pour les réseaux de distribution exclusive, aucune interdiction n'est certainement possible. Il n'est pas concevable d'interdire les livraisons horizontales.

B) CRITÈRE JURIDIQUE

Il s'agit là d'un élément essentiel. Si on s'intéresse tant aux règlements d'exemption par catégories, c'est principalement parce qu'ils apportent aux entreprises une plus grande *sécurité juridique*. Les incertitudes du Droit de la concurrence, qu'il soit communautaire ou non sont bien connues. La licéité des accords et des pratiques repose essentiellement sur l'effet qu'elles produisent ou sont susceptibles de produire sur le marché du produit ou du service en cause ; effet qu'il s'agit d'apprécier, voire de prévoir.

A cette incertitude inhérente au droit de la concurrence s'en ajoute une autre, propre au Droit communautaire. La revendication de compétence du Droit communautaire n'est pas toujours facilement prévisible. L'affectation du commerce entre États-membres et, surtout, le seuil de sensibilité, sont des critères difficiles à apprécier. Même si ce seuil a été chiffré par la Commission, il reste que les indications chiffrées qu'elle a données dans ses commentaires ne lient pas le juge, ni le juge communautaire, ni le juge national (10).

Les conditions de la dérogation prévues à l'article 85 § 3 elles-mêmes, sont d'un maniement délicat et, en tout cas, réservé à la Commission.

Aussi, quand on a la chance d'avoir un règlement d'exemption par catégories, texte qui offre, aux conditions qu'il détermine, le bénéfice automatique de l'exemption, on ne peut nier qu'il s'agisse d'un grand pas vers une grande sécurité juridique.

Mais — car il y a un mais — encore faut-il que l'accord conclu entre parfaitement dans le moule du règlement. Un tel texte énumère précisément les clauses qui *doivent* figurer dans le contrat, celles qui *peuvent* y figurer, enfin celles qui ne *doivent pas* y figurer. Le bénéfice de l'exemption automatique suppose que, non seulement le respect de ces directives, mais aussi que le contrat n'emporte pas de restriction supplémentaire.

C'est là tout le problème. Si le contrat s'orne de stipulations non expressément prévues par le règlement, l'insécurité juridique réapparaît. Les parties n'ont plus qu'à apprécier elles-mêmes l'effet restrictif susceptible d'être produit par ladite ou lesdites stipulations supplémentaires. Étant entendu que, s'il s'avère que la clause supplémentaire est restrictive de concurrence au sens de l'article 85 § 1, le bénéfice de l'exemption réglementaire automatique sera écarté. Il faudra donc, de toute manière, notifier le contrat pour obtenir une exemption individuelle.

C'est dans cette hypothèse que le règlement franchisé présente un indéniable avantage sur les autres règlements de distribution. L'article 6 met en place une procédure dite de « *non opposition* » (11). Cette procédure ouvre

aux entreprises dont les accords ne sont pas automatiquement exemptés parce qu'ils comportent des restrictions supplémentaires à celles qui sont expressément autorisées par le règlement, sans contenir aucune des clauses interdites, la faculté de bénéficier malgré tout de l'exemption par catégories.

Il leur suffit de notifier leur accord à la Commission. Le bénéfice de l'exemption automatique leur est automatiquement acquis à l'expiration d'un délai de 6 mois, si la Commission ne s'oppose pas à celle-ci. C'est normalement la Commission qui décide de faire opposition. Mais elle doit le faire si un État-membre le demande. Les États-membres ont un délai de 3 mois pour formuler leur demande. Cette demande doit être fondée sur des considérations relatives aux règles de concurrence du traité.

En cas d'opposition, la Commission peut lever celle-ci à tout moment, soit parce que les entreprises ont démontré que les conditions de l'article 85 § 3 étaient réunies, soit parce qu'elles ont modifié leur accord. Toutefois, lorsque l'opposition a été formée à la suite de la demande d'un État-membre, elle ne peut être levée qu'après consultation du Comité consultatif.

Mais, car il y en a encore un mais, toutes les incertitudes ne sont pas levées pour autant. Cette procédure de non opposition pose à l'heure actuelle plusieurs questions mal résolues.

Déjà, la légalité même de cette procédure est mise en cause par certains. Elle excéderait l'habilitation du Conseil. Ce dernier a habilité la Commission à accorder des exemptions par voie réglementaire ou par voie d'exemption individuelle. La procédure d'exemption ne relève d'aucune de ces deux démarches (12).

Surtout, les effets de la non opposition restent en partie obscurs. On sait, en effet, que la non opposition a pour effet d'étendre aux clauses supplémentaires le bénéfice de l'exemption par catégories. On ne peut toutefois méconnaître le fait que le contenu des clauses ainsi admises reste inconnu des tiers intéressés. La procédure ne donne lieu à aucune publication. Surtout, la non opposition de la Commission ne constitue pas, juridiquement, une « décision ». Elle n'est donc pas opposable aux tiers et ne lie pas le juge national. On peut bien sûr prévoir que ce dernier sera influencé par l'avis, plutôt le silence bienveillant de la Commission (encore faudra-t-il se demander sous quelle forme les parties pourront s'en prévaloir). D'autant qu'il faut bien reconnaître qu'impliquant un examen même sommaire de la Commission, la non opposition a une plus grande valeur que le simple bénéfice d'une exemption par catégories reposant sur la conviction des parties à l'entente... Mais il n'est nullement certain que le juge se trouvera empêché d'adopter une position différente ne serait-ce qu'en application du Droit national.

du 22 février 1985), le règlement sur les accords de spécialisation n° 317/85 (J.O.C.E. L. 53 du 22 février 1985). Un système voisin a été mis en place dans le règlement sur les transports rail, route et voies navigables du 19 juillet 1986, J.O.C.E. L. 175 du 23 juillet 1986 et le règlement sur les transports maritimes n° 4056/86 du 22 décembre 1986, J.O.C.E. n° L. 378 du 31 décembre 1986.

(12) V. James, S. Venit : « The Commission's opposition procedure — Between the Scylla of *vetra vires* and the charybdis of *perforce* : legal consequences and tactical considerations » ; *Common Market Law Review* 22, 167-202 (1985).

(10) Communication sur les accords d'importance mineure du 3 septembre 1986, J.O.C.E. C 231 du 12 septembre 1986.

(11) Une telle procédure est aussi organisée par le règlement d'exemption sur les licences de brevets n° 418/85 (J.O.C.E. L. 53



M. DE HAAS



C. LE STANC



M. VIVANT



S. GUTTUSO



J.-B. BLAISE



J.-H. GAUDIN



G. BONET



J. SCHMIDT-SZALEWSKI

Après les règlements « **licence de brevet** » et « **contrat de recherche** » de 1984, les autorités communautaires se sont préoccupées des contrats de « **licence de savoir-faire** » qui constituent, à l'heure présente, sans doute, les conventions de transfert de techniques les plus nombreuses et les plus importantes.

La Commission se préoccupe, toutefois, de limiter son intervention aux seuls accords de transfert de techniques... industrielles, écartant, par là même, les risques de superposition avec le règlement franchise qu'elle adoptait, le même 30 novembre 1988, lui-même, par ailleurs, consacré aux seuls accords de distribution de marchandises et de services.

La Commission se préoccupe, d'autre part, de la frontière à établir avec le règlement « **licence de brevet** ». Il est, en effet, bien souvent délicat de distinguer entre les « **contrats de licence de brevet** » comportant une « **clause de savoir-faire** » et les « **contrats de licence de savoir-faire** », comportant une « **clause de propriété industrielle** ».

Une intervention distincte de la Communauté était bien nécessaire dans la mesure où les régimes juridiques des informations brevetées et non brevetées ne sont pas voisins mais profondément inverses. Il faut, en effet, bien se rappeler que le propre d'une invention brevetée est d'être appropriée, objet d'un droit de propriété, et que, partant, les contrats de licence sur inventions brevetées, relèvent de la figure juridique du « **louage de chose** » alors que les informations non brevetées sont non appropriées, non objet d'un droit de propriété et que les licences sur informations non brevetées relèvent du régime juridique du « **louage d'ouvrage** ». La dualité des deux règlements rend parfaitement compte de la dualité des deux régimes juridiques de départ même si les objectifs économiques et les solutions retenues pour le développement de la concurrence sont les mêmes.

J.-M. MOUSSERON,
Professeur à la Faculté de Droit
de Montpellier
Président de la F.N.D.E.

LES PRÉCÉDENTS COMMUNAUTAIRES AU RÈGLEMENT « LICENCE DE SAVOIR-FAIRE »

J.-B. BLAISE,
Professeur à l'Université de Paris II

Pour assister à la naissance du règlement d'exemption de certains accords de licence de savoir-faire, il aura fallu attendre plus de vingt six ans si l'on prend pour point de départ le Règlement 17 et trente ans si l'on part de l'entrée en vigueur du Traité. La gestation aura été longue et laborieuse.

La Commission a, en effet, approché le problème des licences de savoir-faire de façon prudente et progressive.

1) Tout d'abord, la démarche de la Commission a été toute empreinte de prudence.

Très tôt, les autorités communautaires — et, en particulier, la Commission — ont eu conscience du problème que soulèverait le savoir-faire au regard de l'article 85 du Traité. Il suffit de citer deux textes :

— le Règlement n° 17, premier règlement de procédure qui, à son article 4, dispensait, dès 1962, certains accords de savoir-faire de notification ;

— le Règlement 19/65 prévoyant, dès 1965, l'exemption par catégorie de certains accords de licence portant sur des droits de propriété industrielle ou des connaissances techniques.

Et pourtant ce n'est qu'en novembre 1988 que le règlement d'exemption des licences de savoir-faire voit le jour. Surtout on a l'impression que la Commission n'a vraiment commencé à traiter le problème des licences de savoir-faire qu'après avoir résolu celui des licences de brevet dans le règlement n° 2349 du 23 juillet 1984. Pourquoi tant de prudence ?

On peut avancer une explication. Il est très possible que la Commission ait hésité entre deux approches possibles.

— On pouvait songer, tout d'abord, à une approche économique. Dans cette perspective, il aurait été pensable de traiter les licences de savoir-faire comme les licences de brevet et de leur appliquer le Droit de la concurrence de façon identique puisque les restrictions de concurrence qui en résultent sont, économiquement parlant, très voisines.

— Mais si l'on adopte l'approche juridique — et il semble bien que dès le début de cette histoire, la Commission ait été fascinée par la construction juridique que représente le droit des brevets — les choses sont, alors, différentes...

Brevet et savoir-faire apparaissent, en effet, comme deux mécanismes totalement différents. Pour résumer, le monopole légal est à l'opposé de la maîtrise de fait ; l'action en contrefaçon est à l'opposé de l'action en concurrence déloyale.

Cette hésitation explique peut-être les prudentes et savantes approches de la Commission. Mais au point d'arrivée, on peut se demander si l'économique n'a pas eu raison du juridique et si l'on n'en revient pas, bon gré mal gré, à la quasi égalité de traitement entre brevet et savoir-faire, du point de vue du Droit de la concurrence.

2) l'approche faite par la Commission aura été progressive. On peut, si l'on veut dresser une chronologie des précédents, voir quatre phases dans l'évolution.

• 1^{re} Phase : les accords de transmission de savoir-faire sont évoqués dans les Règlements de 1962 et 1965.

• 2^e Phase : la Commission s'intéresse aux accords mixtes de licence de brevet et savoir-faire dans lesquels le savoir-faire est accessoire. Il s'agit surtout de trois décisions :

— Burroughs Delplanque du 22 décembre 1971 (J.O.C.E. L. 13 du 17 janvier 1972).

— Man Saviem du 17 janvier 1972 (J.O.C.E. L. du 4 février 1972).

— Kalbelmetal-Luchaire du 18 juillet 1975 (J.O.C.E. L. 222 du 22 août 1975).

Dans ces décisions, la Commission reconnaît que les obligations du licencié liées à la conservation du secret qui protège le savoir-faire ne sont pas restrictives de concurrence. Elle ne va guère plus loin.

Cette deuxième période s'achève avec le Règlement « Licence de brevet » de 1984 qui s'applique aux accords mixtes dans lesquels le savoir-faire est accessoire à l'utilisation du brevet.

• 3^e Phase : la décision Boussois-Interpane du 15 décembre 1986 (J.O.C.E. L. 50 du 19 février 1987) concerne un accord mixte de licence dans lequel la communication de savoir-faire est largement prédominante.

• 4^e Phase : la décision Rich-Product/Jus-Rol du 22 décembre 1987 (J.O.C.E. L. 69 du 15 mars 1988) s'applique pour la première fois à une licence de savoir-faire pur. La décision Delta Chemie D.D.D. du 13 octobre 1988 (J.O.C.E. L. 309 du 15 novembre 1988) a le même objet.

Compte tenu de l'importance de ces trois décisions, prises à la veille du nouveau règlement, j'inverserai la chronologie et examinerai, tour à tour, les précédents dans le cas de **savoir-faire pur (I)** puis les **accords mixtes (II)**.

I. — LES LICENCES DE SAVOIR-FAIRE PUR

Il s'agit de contrats de licence qui ont pour objet des connaissances non brevetées, qu'elles ne soient pas brevetables — pour une raison ou pour une autre — ou que leur détenteur n'ait pas voulu demander un brevet, préférant les conserver secrètes.

Comme le savoir-faire n'est pas le siège d'un monopole légal, toute sa protection repose sur les clauses du contrat de licence. Ces clauses sont-elles restrictives de concurrence ?

J'examinerai la question à la lumière des trois décisions Boussois de 1986, Rich-Products de 1987 et Delta Chemie de 1988. La Commission, dans ces trois affaires qui ont valeur de tests ou d'exemples, a utilisé la théorie des « restrictions inhérentes » : certaines restrictions de liberté commerciale sont inhérentes à l'opération de transmission des connaissances. Elles en sont indétachables. Les autres restrictions vont au-delà des nécessités

de la transmission. Les premières ne sont pas restrictives de licence au sens de l'article 85 parag. 1, elles échappent à l'application du texte. Les secondes, en revanche, tombent sous le coup de l'article 85.

Telle est la distinction essentielle, la méthode suivie. A-t-elle été reprise dans le Règlement ? C'est très probable. Les exposés de tout à l'heure nous éclaireront sans doute sur ce point.

A. LES CLAUSES DES CONTRATS DE LICENCE DE SAVOIR-FAIRE ÉCHAPPANT À L'ARTICLE 85 DU TRAITÉ

En langage communautaire, on dira que de telles clauses peuvent obtenir une attestation négative.

Je ne reprendrai pas la théorie des « restrictions inhérentes » si ce n'est pour rappeler qu'elle est à la base de la jurisprudence dans les arrêts *Metro*, *Pronuptia* et *Nutricia*. Elle consiste à reconnaître *a priori* la valeur économique ou sociale d'un certain mécanisme juridique, à le définir et à soustraire à l'application de l'article 85 les clauses se présentant comme des restrictions inhérentes à ce mécanisme. La méthode est proche de la doctrine de l'*objet spécifique* en matière de brevet et elle se rattache peut-être, à ce que l'on appelle la consécration de la « règle de raison ».

On comprend, alors, l'importance que revêt la définition du savoir-faire puisque c'est de cette définition que dépend la détermination des restrictions inhérentes.

Or, en matière de savoir-faire, deux conceptions s'opposent :

— Le savoir-faire peut être conçu simplement comme une maîtrise de fait sur des connaissances techniques.

— On peut aussi assimiler la protection du savoir-faire à un droit de propriété industrielle et l'analyser comme un droit exclusif sur des connaissances non brevetées.

La Commission a manifestement adopté la première définition mais s'est, parfois, référée à la seconde. Voyons-en les applications les plus marquantes.

a) *Le savoir-faire considéré comme une maîtrise de fait exercée sur des connaissances techniques*

Dans les trois décisions, la Commission définit le savoir-faire comme des connaissances techniques présentant trois caractères :

— Ce sont des connaissances secrètes ; elles ne sont pas divulguées dans le public.

— Il s'agit d'un ensemble de connaissances et même (décision Rich-Product) d'un ensemble évolutif. Ce caractère renforce le caractère secret.

— Ce sont des connaissances substantielles, c'est-à-dire nécessaires à la mise en service d'un procédé industriel. La Commission a voulu éviter qu'un savoir-faire de très faible niveau, un savoir-faire très banal, puisse servir de paravent à des restrictions de concurrence.

Les restrictions inhérentes sont alors, pour l'essentiel, les suivantes :

— Les clauses relatives à la conservation du secret par le licencié. Elles ne sont pas restrictives de concurrence au sens de l'article 85 parag. 1. Remarquons que cette affirmation se trouvait déjà dans la décision *Burroughs-Delplanque* : l'obligation au secret est de l'essence du savoir-faire. Donc le licencié ne doit ni divulguer ni concéder des sous-licences.

— La clause obligeant le licencié à respecter strictement les méthodes de fabrication qui lui sont communiquées.

— La clause prévoyant les redevances dues par le licencié pendant la durée du contrat. Elles assurent la contrepartie de la communication.

— Les clauses qui prévoient la communication des améliorations. Il faut que l'obligation soit réciproque et non exclusive.

Peut-on aller plus loin dans cette énumération ?

b) *On arrive à la question du savoir-faire considéré comme objet de droit exclusif et non plus comme simple maîtrise de fait*

Dans la décision *Rich-Product*, la Commission a évoqué l'existence du droit exclusif à propos d'une question importante.

A la fin du contrat — dix ans dans ce cas particulier — est-il possible d'interdire à un licencié de continuer à faire usage du savoir-faire ? Le concédant peut-il « reprendre » son savoir-faire — alors qu'il a cédé la maîtrise de fait ? La Commission l'admet. En l'espèce, le licencié ne peut plus utiliser le savoir-faire pendant dix ans à compter de la fin du contrat et doit restituer tous les documents. Selon la Commission, cette clause « découle de la reconnaissance même d'un droit exclusif que le titulaire détenait sur son savoir-faire. Il était libre, dit la Commission, de décider s'il entendait transférer le savoir-faire à titre définitif ou à titre temporaire ».

La Commission ajoute que si la licence impliquait la perte définitive de son droit exclusif, le concédant serait « dissuadé de concéder la licence ».

Dans la décision *Delta Chemie*, du 13 octobre 1988, la Commission précise que « l'obligation pour le licencié de cesser immédiatement d'utiliser les droits de propriété industrielle concédés, c'est-à-dire les marques, les moyens commerciaux et le savoir-faire à l'expiration de l'accord, doit être considérée comme une condition essentielle pour la conclusion des accords de licence et, de ce fait en dehors du champ d'application de l'article 85 paragraphe 1 ».

Une autre question importante a été examinée par la Commission dans l'affaire *Delta Chemie*. Il s'agit de l'interdiction faite au licencié d'utiliser le savoir-faire pour fabriquer des produits autres que ceux qui sont prévus par la licence. La Commission admet que cette interdiction n'est pas une restriction de concurrence au sens de l'article 85 paragraphe 1. En effet « elle constitue le corollaire du droit reconnu au donneur de licence de disposer librement de son savoir-faire et, par conséquent, d'en restreindre l'utilisation par des tiers à la seule fabrication des produits sous licence. S'il n'en était pas ainsi, — précise la Commission — le titulaire du droit pourrait être frustré d'une part plus ou moins importante des revenus de son savoir-faire. »

B. LES CLAUSES DES CONTRATS DE LICENCE DE SAVOIR-FAIRE SOUMISES À L'ARTICLE 85 DU TRAITÉ

Si les trois décisions étudiées sont importantes, il faut tout de même remarquer qu'elles ont une portée limitée. En effet, ce sont toutes des décisions d'exemption. La Commission n'a pas eu l'occasion, en revanche, de dire quelles sont les clauses qui feraient obstacle à l'exemption. Par hypothèse, il n'y en avait pas dans les contrats notifiés ou, s'il y en avait à l'origine, la Commission ne dit pas en quoi elles consistaient...

La Commission s'est prononcée ici sur les clauses d'exclusivité territoriale qui figuraient dans les licences. Ces clauses tombent sous le coup de l'article 85 parag. 1 (a) mais elles bénéficient de l'article 85 parag. 3 (b).

a) Application de l'article 85, parag. 1 aux clauses d'exclusivité territoriale

Dans l'affaire Rich-Products, le licencié Jus Rol obtenait une exclusivité de fabrication pour le Royaume-Uni. Il s'agissait d'un produit de congélation de pâte à pain contenant de la levure, un microorganisme supportant mal la congélation. Le donneur de licence américain s'engageait à n'accorder aucune autre licence pour le territoire concédé ; réciproquement, le licencié s'engageait à ne pas fabriquer en dehors de son territoire.

Dans l'affaire Boussois, il y avait non seulement une exclusivité de fabrication mais encore de vente. Boussois avait l'exclusivité de vente en France pour les produits élaborés à l'aide du savoir-faire et les licenciés d'autres pays se voyaient imposer une interdiction de concurrence active (ne pas démarcher de clientèle ni le marché français) et passive (refuser les commandes venant d'un autre territoire). Il y avait, donc, protection territoriale absolue.

Dans l'affaire Delta Chemie enfin, il s'agissait d'un droit exclusif de fabrication accompagné d'une concession exclusive de vente, mais sans protection territoriale absolue.

Dans les trois affaires, la Commission a décidé que l'exclusivité territoriale était restrictive de concurrence. Elle va au-delà des restrictions inhérentes.

La solution est classique dans la mesure où elle reprend une règle qui figure implicitement dans le Règlement « licence de brevet ».

Mais il est tout à fait remarquable que dans aucune de ces décisions, la Commission n'ait jugé bon d'appliquer la jurisprudence de la Cour qui se dégage de l'arrêt semences de maïs (C.J.C.E. 8 juin 1982, Nungesser et Eisele, aff. 258-78, Rec. p. 2015). Dans cet arrêt, la Cour avait fait une différence entre :

— « l'EXCLUSIVITÉ OUVERTE » qui n'est pas restrictive de concurrence parce que les tiers gardent la possibilité de vendre dans le territoire du licencié,

— « l'EXCLUSIVITÉ FERMÉE » qui, à la différence, est restrictive de concurrence car elle fait obstacle aux importations parallèles ou, en tout cas, à la concurrence passive des concessionnaires.

Il est tout à fait intéressant que la Commission, au prix d'une interprétation quelque peu déformante de la jurisprudence « Semences de maïs », ait décidé que l'exclusivité tombait sous le coup de l'article 85 parag. 1. Dans l'affaire Boussois, c'était peu contestable à cause de l'exclusivité de vente renforcée. Mais dans l'affaire Rich-Product, il y avait place, normalement, pour la jurisprudence « Semence de maïs » puisqu'il ne s'agissait que d'une exclusivité de fabrication. La Commission invoque comme argument que « du fait de l'existence d'autres techniques concurrentes, la licence de Jus Rol ne portait pas sur une nouvelle technique qui nécessiterait une protection territoriale ». Ceci n'était certainement pas exact. C'est d'ailleurs le même argument qui est encore invoqué dans la décision Delta Chemie : il ne s'agissait plus « d'une nouvelle technologie au sens de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 258-78 ».

La Commission a donc considéré que, sous toutes leurs formes, les clauses d'exclusivité des licences tombaient sous le coup de l'article 85 parag. 1. Mais elles bénéficiaient aussi de l'exemption.

b) Application de l'article 85 parag. 3 aux clauses d'exclusivité territoriale

L'exemption est accordée par les trois décisions parce que les exclusivités contribuent au progrès économique.

La Commission porte un jugement qui est très voisin de celui qu'elle a retenu dans le Règlement « licences de

brevet ». La licence constitue du côté du donneur un moyen de diffusion de la technique et, du côté du licencié, une source d'investissements, d'accroissements de la production et de recherche de la qualité des produits.

En réalité, ces bienfaits sont imputables à la transmission des connaissances et non à l'exclusivité elle-même. Avalisé par la Cour dans l'arrêt Semence de maïs, le raisonnement est alors le suivant : les parties n'acceptent de transmettre ce savoir-faire et de le mettre en service que si elles se sentent suffisamment protégées contre la concurrence.

Dans l'affaire Rich-Products, la Commission dit : « Cette exclusivité de fabrication est indispensable... En effet si le licencié n'avait pas la certitude de ne pas souffrir de concurrence de la part d'autres licenciés qui seraient désignés pour le même espace territorial, il pourrait être amené à ne pas courir le risque de la fabrication et de la vente du produit sous licence. »

Ce sont exactement les mêmes termes qui permettent à la Commission, dans la décision Delta Chemie, de justifier l'exclusivité de fabrication et de distribution.

La décision Boussois va encore plus loin puisqu'elle justifie, pour le même motif, l'interdiction de concurrence active et passive de la part des autres licenciés.

J'ajouterai encore deux remarques

On pouvait se demander, après les trois décisions, si la justification de l'exclusivité de vente ne faisait pas intervenir le caractère de haute technicité du produit. Il ne semble pas que cette idée se retrouve dans le nouveau Règlement.

Dans les trois affaires, l'exemption a été accordée pour toute la durée du contrat : cinq ans (Boussois), dix ans (Rich Products) et vingt ans (Delta Chemie).

II. — LES ACCORDS MIXTES

L'accord mixte a pour objet à la fois des connaissances brevetées et des connaissances non brevetées. Le problème est alors de savoir à quel régime seront soumis les accords mixtes.

La solution distributive peut être tentante mais il est douteux qu'elle soit une bonne solution. Le plus souvent, les différentes techniques sont indivisibles, indissociables.

La solution classique est alors à rechercher dans la théorie de l'accessoire.

Dans certains cas, le savoir-faire est l'accessoire du brevet et l'on devrait appliquer le régime des licences de brevet.

Dans d'autres hypothèses, à l'inverse, le contrat concerne un ensemble de connaissances et les brevets portent sur certains aspects ponctuels de la technique ; le brevet peut, alors, apparaître comme l'accessoire d'une transmission de savoir-faire.

A la veille du Règlement « licence de savoir-faire », les solutions retenues par le Droit communautaire n'étaient pas très claires. Plus exactement, il y avait une difficulté à concilier le Règlement « Licence de brevet » et la décision de la Commission dans l'affaire Boussois.

A. LE RÈGLEMENT « LICENCES DE BREVET »

(Règlement 2349 du 23 juillet 1984)

Selon l'article 1^{er}, l'article 85 par. 3 est applicable « aux accords de licence de brevet ainsi qu'aux accords mixtes

de licence de brevet et de communication de savoir-faire auxquels ne participent que deux entreprises ».

Aucun article du Règlement ne définit l'accord mixte, il faut alors se référer à l'exposé des motifs et au considérant n° 9.

Ce considérant n'est pas lui-même exempt de toute ambiguïté :

— Tout d'abord il retient une conception relativement large de l'accord mixte : il englobe des connaissances techniques non divulguables qui « *permettent une meilleure exploitation des brevets concédés* ». Le savoir-faire peut être ici très étendu.

— Le même considérant n° 9 se réfère, ensuite, à une conception plus étroite de l'accord mixte : il n'y a accord mixte que si le brevet est nécessaire pour la réalisation de l'objet de la technique. Sinon, le Règlement ne s'applique pas et l'exemption ne peut être qu'individuelle. Ce serait le cas, en particulier, si le brevet n'est pas nécessaire et s'il contribue seulement à l'amélioration de la technique ou s'il la facilite.

Par ailleurs — c'est une idée un peu différente —, il résulte du règlement que l'accord mixte ne profite de l'exemption, qu'autant que, dans chacun des territoires concernés par la licence, il existe un brevet en vigueur. Ainsi si, dans un territoire, il n'existe pas de brevet parallèle, l'exclusivité du savoir-faire ne s'applique pas à ce territoire ; la solution est la même si le brevet prend fin dans l'un des territoires. Le savoir-faire est ici traité comme un accessoire du brevet. Son sort dépend de celui du brevet.

B. LA DÉCISION BOUSSOIS

L'un des produits utilisés dans la technologie d'Interpane était protégé par un brevet dans plusieurs pays européens mais pas dans tous. Le brevet n'était pas, toutefois, semble-t-il nécessaire car il existait des produits de remplacement non brevetés.

La Commission s'est demandée si l'accord bénéficiait du règlement « *licence de brevet* ». Elle a répondu par la négative. Elle aurait pu se contenter de dire que le brevet n'était pas nécessaire (cf. considérant n° 9 du Règlement) ; elle a préféré donner une définition de l'accord mixte dans lequel le savoir-faire constitue l'élément essentiel : « *A la différence du contrat de licence ayant droit à l'exploitation d'une idée inventive brevetée et du savoir faire complémentaire au brevet, il s'agit dans le cas présent du transfert d'un paquet complet de connaissances techniques qui sont axées sur un savoir-faire plus élaboré* ».

La comparaison du Règlement et de la décision engendre, alors, un certain embarras : Que se passe-t-il lorsque l'on est en présence d'un savoir-faire qui ne constitue pas un paquet complet de connaissances et pour lequel cependant, le brevet n'est pas indispensable ? Il semble bien qu'entre les deux définitions — du règlement et de la décision — subsistait, une zone d'ombre.

On verra si elle est dissipée par le nouveau règlement.

LA MISE EN PLACE DU RÈGLEMENT « LICENCE DE SAVOIR-FAIRE »

Sebastiano GUTTUSO,
Conseiller à la Direction Générale de la Concurrence
de la Commission de la C.E.E.

Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

Je n'ai pas à vous convaincre que la technologie est un sujet important. C'est l'un des facteurs les plus décisifs de la compétitivité de l'industrie pour les années 90 dans le marché de la Communauté élargi et unifié.

La réciprocité des liens entre concurrence et innovation est largement reconnue. La concurrence stimule la capacité d'innover de l'industrie ; l'innovation à son tour est un ferment de concurrence accrue. Le sujet que j'ai le plaisir de traiter avec vous aujourd'hui, qui porte sur la mise en place du règlement licences de savoir-faire adopté récemment, reflète la conviction que la dissémination de la connaissance technologique à travers la Communauté est largement favorable à la concurrence.

Le P^r Blaise ne m'en voudra pas si je me permets de le contredire, mais ce règlement n'a pas fait l'objet d'une élaboration particulièrement laborieuse ; il a bénéficié de l'apport constructif et constant des milieux professionnels intéressés ; son origine, à la différence d'autres règlements, notamment le règlement sur les licences de brevet (R.L.B.) n'est pas lointaine. En effet, ce n'est qu'en 1986 que la Commission s'est engagée dans l'élaboration du règlement « savoir-faire ». L'approche générale proposée dans un document de travail mis en circulation cette année-là a recueilli l'adhésion générale. Après cela, la Commission a publié en août 1987 le projet de règlement en invitant toutes les parties intéressées à lui faire connaître leurs observations.

de licence de brevet et de communication de savoir-faire auxquels ne participent que deux entreprises ».

Aucun article du Règlement ne définit l'accord mixte, il faut alors se référer à l'exposé des motifs et au considérant n° 9.

Ce considérant n'est pas lui-même exempt de toute ambiguïté :

— Tout d'abord il retient une conception relativement large de l'accord mixte : il englobe des connaissances techniques non divulguables qui « permettent une meilleure exploitation des brevets concédés ». Le savoir-faire peut être ici très étendu.

— Le même considérant n° 9 se réfère, ensuite, à une conception plus étroite de l'accord mixte : il n'y a accord mixte que si le brevet est nécessaire pour la réalisation de l'objet de la technique. Sinon, le Règlement ne s'applique pas et l'exemption ne peut être qu'individuelle. Ce serait le cas, en particulier, si le brevet n'est pas nécessaire et s'il contribue seulement à l'amélioration de la technique ou s'il la facilite.

Par ailleurs — c'est une idée un peu différente —, il résulte du règlement que l'accord mixte ne profite de l'exemption, qu'autant que, dans chacun des territoires concernés par la licence, il existe un brevet en vigueur. Ainsi si, dans un territoire, il n'existe pas de brevet parallèle, l'exclusivité du savoir-faire ne s'applique pas à ce territoire ; la solution est la même si le brevet prend fin dans l'un des territoires. Le savoir-faire est ici traité comme un accessoire du brevet. Son sort dépend de celui du brevet.

B. LA DÉCISION BOUSSOIS

L'un des produits utilisés dans la technologie d'Interpane était protégé par un brevet dans plusieurs pays européens mais pas dans tous. Le brevet n'était pas, toutefois, semble-t-il nécessaire car il existait des produits de remplacement non brevetés.

La Commission s'est demandée si l'accord bénéficiait du règlement « licence de brevet ». Elle a répondu par la négative. Elle aurait pu se contenter de dire que le brevet n'était pas nécessaire (cf. considérant n° 9 du Règlement) ; elle a préféré donner une définition de l'accord mixte dans lequel le savoir-faire constitue l'élément essentiel : « A la différence du contrat de licence ayant droit à l'exploitation d'une idée inventive brevetée et du savoir faire complémentaire au brevet, il s'agit dans le cas présent du transfert d'un paquet complet de connaissances techniques qui sont axées sur un savoir-faire plus élaboré ».

La comparaison du Règlement et de la décision engendre, alors, un certain embarras : Que se passe-t-il lorsque l'on est en présence d'un savoir-faire qui ne constitue pas un paquet complet de connaissances et pour lequel cependant, le brevet n'est pas indispensable ? Il semble bien qu'entre les deux définitions — du règlement et de la décision — subsistait, une zone d'ombre.

On verra si elle est dissipée par le nouveau règlement.

LA MISE EN PLACE DU RÈGLEMENT « LICENCE DE SAVOIR-FAIRE »

Sebastiano GUTTUSO,
Conseiller à la Direction Générale de la Concurrence
de la Commission de la C.E.E.

Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

Je n'ai pas à vous convaincre que la technologie est un sujet important. C'est l'un des facteurs les plus décisifs de la compétitivité de l'industrie pour les années 90 dans le marché de la Communauté élargi et unifié.

La réciprocité des liens entre concurrence et innovation est largement reconnue. La concurrence stimule la capacité d'innover de l'industrie ; l'innovation à son tour est un ferment de concurrence accrue. Le sujet que j'ai le plaisir de traiter avec vous aujourd'hui, qui porte sur la mise en place du règlement licences de savoir-faire adopté récemment, reflète la conviction que la dissémination de la connaissance technologique à travers la Communauté est largement favorable à la concurrence.

Le P^r Blaise ne m'en voudra pas si je me permets de le contredire, mais ce règlement n'a pas fait l'objet d'une élaboration particulièrement laborieuse ; il a bénéficié de l'apport constructif et constant des milieux professionnels intéressés ; son origine, à la différence d'autres règlements, notamment le règlement sur les licences de brevet (R.L.B.) n'est pas lointaine. En effet, ce n'est qu'en 1986 que la Commission s'est engagée dans l'élaboration du règlement « savoir-faire ». L'approche générale proposée dans un document de travail mis en circulation cette année-là a recueilli l'adhésion générale. Après cela, la Commission a publié en août 1987 le projet de règlement en invitant toutes les parties intéressées à lui faire connaître leurs observations.

Quels ont été les buts de cette initiative ? Quelle en a été la politique sous-jacente ?

La Commission a visé un triple objectif : assurer un développement et une diffusion de l'innovation aussi rapides et larges que possible sur le grand marché communautaire, garantir une concurrence effective pour les produits techniquement nouveaux ou améliorés et permettre leur libre circulation dans la mesure compatible avec le premier objectif que j'ai cité et, enfin, donner aux entreprises la sécurité juridique à laquelle elles ont droit. J'ai eu le plaisir de noter que ces objectifs étaient largement partagés par l'U.N.I.C.E., le Parlement européen, le C.E.S. et la plupart de ceux qui nous ont soumis quelques 30 commentaires et prises de position à la suite de la publication, notamment le L.E.S. International, la Ligue Internationale du Droit de la concurrence et l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle. Permettez-moi de souligner dès l'abord que les Services de la Commission estiment, à l'instar de tous ceux qui nous ont communiqué des prises de position à la suite de la publication du projet, que ces accords de savoir-faire sont un type d'accords pour lesquels la sécurité juridique est d'une importance primordiale étant donnée la nature souvent irréversible du transfert de la technologie concédée et la vulnérabilité du titulaire du savoir-faire, qui, à la différence du breveté, ne bénéficie d'aucun droit d'exclusivité légale pour protéger son invention : le P^r Blaise nous l'a bien rappelé, il n'y a pas d'exclusivité sur le savoir-faire, mais seulement une maîtrise de fait.

S'il ne bénéficie pas d'une protection juridique comparable à celle du brevet, le savoir-faire peut toutefois représenter une avance sur le plan des connaissances dont la valeur économique est souvent considérable ; son développement comme son exploitation à l'échelle industrielle peuvent être extrêmement coûteux et compliqués. L'avantage concurrentiel que représente le savoir-faire ne pourra être préservé que si son titulaire peut s'assurer la réservation de son procédé lorsqu'il le communique à un tiers sans que celui-ci puisse se dérober à ses engagements contractuels en excipant de l'invalidité de l'accord notamment au motif qu'il justifie une application de l'art. 85 § 1.

C'est pourquoi je dirais que, à certains égards, ce Règlement est plus favorable au donneur de licence que le Règlement « Licence de brevet ». Je note ici au passage une question de vocabulaire : « titulaire du savoir-faire » et « bénéficiaire de la communication » ou « communicataire » deviennent dans la terminologie de la Commission le « donneur de licence » et le « licencié ». Cela peut paraître techniquement incorrect mais nous avons suivi en cela la pratique des contrats, laquelle est essentiellement inspirée par des formulations anglo-américaines « know-how licensor » et « licensee ».

Pour en revenir à l'origine de ce règlement, il est clair que la Commission a reconnu qu'il en existait le besoin du fait que les Règlements déjà adoptés en 1984, sur la recherche et le développement en commun et sur les licences de brevet, n'avaient qu'une efficacité limitée pour éviter les notifications individuelles. En effet, le Règlement « recherche et développement », bien qu'applicable à la concession de licences entre participants à l'accord de « r § d » en commun, ne vise pas les clauses restrictives des licences de savoir-faire que chaque participant pourra par la suite accorder à des tiers. Quant au Règlement « licence de brevet », il ne s'applique pas aux accords de savoir-faire pur et à certaines catégories de contrats mixtes.

Le Règlement 19/65 du Conseil est la base juridique du présent règlement ainsi que l'a rappelé le P^r Blaise en attirant notre attention sur le fait que d'après le Règlement du Conseil, il faut que la Commission, avant d'adopter un Règlement d'exemption, ait acquis une certaine expérience. Cette expérience peut être considérée comme acquise si l'on se réfère aux décisions individuel-

les adoptées récemment : « Mitchell Cotts/Sofiltra, Boussois/Interpane, Rich Products/Jus-Rol et la dernière Delta Chemie/DDD (1). En outre, on peut se référer également à l'examen des procédures d'opposition : la Commission a reçu une trentaine de notifications au titre de la procédure d'opposition instituée par le règlement « licence de brevet », ce qui nous a donné la possibilité d'examiner des contrats mixtes et de parvenir notamment à la conclusion que le Règlement « licence de brevet » n'était pas applicable dans ces affaires. Cette expérience de la Commission a été également enrichie par les avis exprimés par les milieux industriels et professionnels concernés. Je crois que l'approche générale de la Commission, que le projet publié en août 1987 traduisait, a été accueillie favorablement, sous réserve de quelques modifications suggérées par les divers milieux intéressés, dont la plupart ont d'ailleurs été intégrées dans le texte final. Ces modifications concernaient principalement l'augmentation de la période de protection, — l'on est ainsi passé de sept ans à dix ans pour la protection territoriale entre les parties —, et une reconnaissance plus large du principe de la liberté contractuelle notamment en matière de paiement des redevances.

Je me propose maintenant, de donner un court aperçu de la structure du Règlement et d'évoquer ensuite certains aspects particuliers.

Toutes les délégations nationales d'experts gouvernementaux et la plupart des commentateurs ont considéré que la structure générale du présent Règlement devait suivre celle du Règlement « licences de brevet ». A la différence de ce que nous avons fait à l'occasion de ce dernier, nous avons transféré les définitions du texte des considérants à l'article 1, § 7. A ce propos, je voudrais attirer votre attention sur un terme important, celui de « même technologie » qui est définie comme la technologie concédée au premier licencié et améliorée par les perfectionnements qui lui ont été apportés ultérieurement, indépendamment de la question de savoir si et dans quelle mesure ils sont exploités par l'une ou l'autre des parties et indépendamment de la question de savoir s'ils sont protégés par des brevets nécessaires. Je reviendrai sur cette définition parce qu'elle est d'une importance cruciale dès qu'on aborde le problème de la protection territoriale.

Pour ce qui est des considérants, 22 paragraphes numérotés décrivent l'objet et le champ d'application du règlement et donnent une justification des conditions d'exemption. Le dispositif du Règlement comporte douze articles dont les quatre premiers, qui contiennent les principales dispositions du règlement, vont influencer la rédaction des accords.

Ces articles concernent respectivement, l'article premier : les clauses exemptées dites « vertes » ; l'article 2 : les clauses « blanches » considérées comme généralement non restrictives de concurrence ; l'article 3 : les clauses « noires » qui font échec à l'exemption catégorielle, et enfin l'article 4 : les clauses « grises » qui appellent la procédure d'opposition.

Le P^r Blaise nous a donné une explication de principe et nous a rappelé certaines théories, notamment celle des restrictions inhérentes d'après laquelle certaines clauses couvertes par les droits concédés ne seraient pas visées par l'article 85 § 1.

D'autres théories, celle des restrictions accessoires par exemple, ont été avancées pour faire échapper à l'interdiction des ententes les clauses restrictives contenues dans les contrats de licence. Quelle que soit leur utilité dans certains cas, aucune de ces justifications ne vaudrait

(1) *Décision Mitchell Cotts/Sofiltra* du 17-12-86. J.O.C.E. n° L. 41 du 11-2-87. p. 31. — *Décision Boussois/Interpane* du 15-12-86. J.O.C.E. n° L. 50 du 13-2-87. p. 30. — *Décision Rich Products/Jus-Rol* du 22-12-87. J.O.C.E. n° L. 69 du 15-3-88. p. 21. — *Décision Delta Chemie — DDD* du 13-10-88. J.O.C.E. n° L. 309 du 15-11-88. p. 34.

cependant pour toutes les restrictions rencontrées. La Commission, qui en 1962 voyait la licence exclusive de brevet comme n'entrant pas dans le champ d'application de l'art. 85 (2), a dès ses premières décisions en cette matière en 1972, repris la distinction opérée par la Cour entre l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle, examinant cas par cas si les restrictions en question n'étaient pas indispensables à la protection de la fonction de ces droits (3). En transposant ces principes au domaine du savoir-faire, l'on pourrait tenir pour indispensables à la protection du savoir-faire les obligations de confidentialité et de cessation d'utilisation à l'expiration de la licence.

S'agissant de son champ d'application, le règlement est applicable aux licences exclusives ou non exclusives de savoir-faire et aux accords mixtes de licence de savoir-faire et de brevet y compris les accords comportant une licence sur les droits de propriété intellectuelle autres que des brevets, c'est-à-dire droits de marque, droits d'auteur, droits sur les dessins et modèles et aussi droits sur les logiciels. Tous ces accords peuvent être couverts par le Règlement lorsque la licence de ces autres droits joue un rôle accessoire, d'aide ou d'assistance à l'exploitation du savoir-faire qui reste l'élément principal de la transaction.

Pour bénéficier du Règlement, ces accords doivent avoir pour objet l'exploitation du savoir-faire, c'est-à-dire toute utilisation de la technologie concédée notamment pour la production, les ventes actives ou passives sur un territoire donné même si ces ventes ne s'accompagnent pas de la fabrication sur ce même territoire (4). Par conséquent, vous pouvez avoir une licence exclusive pour un certain territoire avec obligation pour le licencié de ne pas faire de ventes actives dans le territoire d'un autre licencié où, bien entendu, le premier licencié n'entreprend aucun acte de fabrication. Cette distinction est importante pour déterminer les restrictions exemptées par le Règlement et il n'y a pas de contradiction quand en même temps, en vertu du considérant 5, on exclut de son champ d'application les accords qui concernent uniquement la vente. De même que les Règlements « licence de brevet », le présent règlement ne s'applique que lorsque le licencié fabrique les produits sous licence. Les accords qui ne concernent que la vente pourront, le cas échéant relever des dispositions du règlement sur la distribution exclusive (5).

Examinons maintenant le problème des interférences ou des points de recoupement avec le Règlement « licence de brevet ». J'en viens donc maintenant aux accords mixtes.

La Commission a clairement exprimé sa volonté de couvrir par le présent Règlement tous les accords mixtes de licence de brevet et de savoir-faire qui ne sont pas exemptés par le Règlement « licence de brevet ». Les catégories d'accords ainsi visées sont mentionnées au considérant n° 2.

La première concerne les accords relatifs à une technologie pour l'exploitation de laquelle le brevet n'est pas nécessaire. Cette notion de « brevet non nécessaire » est critiquée car on peut à raison se demander quand et comment déterminer si un brevet présente un tel caractère. Il y a lieu de noter, tout d'abord, que ce problème

n'est pas abordé pour la première fois par ce Règlement. Nous l'avons hérité du Règlement « licence de brevet » qui, en son considérant n° 9, précise qu'un accord mixte n'est pas couvert par ses dispositions si le brevet n'est pas nécessaire pour la réalisation de l'objet de la technologie concédée, sans toutefois préciser ce qu'il faut entendre par brevet nécessaire. Or, dans le présent Règlement, nous avons essayé à titre d'exemple, d'expliquer que le brevet n'est pas nécessaire lorsqu'il ne donne pas de protection efficace contre des actes d'exploitation menés par un tiers. Le P^r Blaise a proposé une distinction entre éléments accessoires et éléments principaux du contrat. A mon sens une telle approche pourrait somme toute se révéler assez délicate : comment déterminer quels sont dans un accord mixte, dans une technologie complexe, les éléments accessoires et les éléments principaux ? En définitive, le licencié qui exploite une technologie complexe n'est-il pas porté à considérer que tout élément de celle-ci est important ? Pour éviter, donc, le problème délicat qui consiste à déterminer quel élément joue un rôle prépondérant, je dirai simplement qu'il faut rechercher si le brevet doit être regardé comme un simple détail de construction dont les parties pourraient fort bien se passer lors de l'exploitation de la technologie ou si, au contraire, c'est un élément important pour une telle exploitation. Dans ce dernier cas, le règlement licences de brevet devrait normalement s'appliquer, à moins que le savoir-faire qui l'accompagne ne permette une meilleure exploitation du brevet concédé et à la condition, bien entendu, que d'éventuelles restrictions territoriales ne concernent que des pays couverts par des brevets parallèles.

Une seconde catégorie d'accords mixtes échappe à l'application du Règlement. Il s'agit des accords qui, indépendamment de la question de savoir si le brevet est nécessaire ou non, comportent des restrictions territoriales pour les États membres où il n'existe pas de brevet parallèle. Or, cela est un phénomène très fréquent. D'après le libellé compréhensif de l'article 1 du Règlement « licence de brevet », de tels cas ne lui sont pas soumis. Aussi présentaient-ils des risques pour les parties que nous avons voulu supprimer en les couvrant par l'application du Règlement « savoir-faire », pourvu bien entendu que le savoir-faire en cause corresponde aux critères requis par celui-ci.

Je crois qu'une application aussi large de ce Règlement devrait répondre au souci généralement exprimé par l'industrie ré d'éviter qu'il y ait un vide entre les deux Règlements, vide dans lequel la plus grande partie des accords de transfert de technologie pourrait tomber. Et ce n'est pas tout puisque selon l'article 1 du point 4 du Règlement, lorsque les restrictions territoriales exemptées concernent des États membres dans lesquels la technologie concédée est protégée par des brevets nécessaires, l'exemption n'est plus limitée à la période de 10 années mais s'étend à toute la durée de vie des brevets. Les parties se trouvent donc dans une position sûre. Si elles exploitent les technologies complexes couvertes par brevets, elles n'ont pas à se soucier de la question de savoir si ces brevets sont plus ou moins nécessaires car, en tout cas, elles vont bénéficier de l'exemption de la protection territoriale dans les limites admises par le présent règlement et de l'exemption des autres dispositions des articles 1 et 2, qui sont largement similaires dans les deux règlements, cela à la condition qu'elles aient pris la peine d'identifier le savoir-faire.

J'en viens ainsi à ce qui semble constituer la principale difficulté de ce Règlement : la définition du savoir-faire. Celui-ci est défini comme une information technique non protégée par des brevets, qui est substantielle et identifiée (6). La Commission a le souci de ne pas exempter en bloc de « prétendus » accords de transfert de technologie c'est-à-dire des accords qui organisent la communication

(2) Communication du 24-12-62, J.O.C.E. 139 du 24-12-62, p. 2962.

(3) Décision du 22 décembre 1971 (Burroughs-Delplanque), J.O.C.E. n° L. 13 du 17 janvier 1972, p. 50. — Décision du 22 décembre 1971 (Burroughs-Geha), J.O.C.E. n° L. 143 du 17 janvier 1972, p. 53. — Décision du 9 juin 1972 (Raymond-Nagoya), J.O.C.E. n° 143 du 23 juin 1972, p. 39. — Décision du 9 juin 1972 (Davidson-Rubber), J.O.C.E. n° L. 143 du 23 juin 1972, p. 31.

(4) V. article 1, paragraphe 7, point 10 du Règlement.

(5) Règlement (C.E.E.) n° 1983/83, J.O. n° L. 173 du 30 juin 1983.

(6) V. art. 1, § 7, point 1 du règlement.

d'une information banale, la véritable intention des parties étant de cloisonner les marchés avec la bénédiction de la Commission. Cette préoccupation est, dans une large mesure, commune à toutes les autorités antitrust de la planète. Je pourrais vous citer à titre d'exemple un récent rapport d'octobre de cette année de l'O.C.D.E. (7) où il est dit que « This question of whether an agreement involves a real transfer of technology becomes more difficult when the transfer involves non-public know-how. This is one area where there is a significant difference, at least for competition authorities, between patent and know-how licensing agreements » (8).

Comme les Droits nationaux ne retiennent pas de définition contraignante du savoir-faire, il a été nécessaire pour le législateur communautaire de définir la portée de la protection du savoir-faire aux fins de l'application du règlement et nous devons, par conséquent, nous attacher à ses caractères secret, substantiel et identifié.

Le critère du secret qui exige simplement que la connaissance technique ne soit pas généralement connue ou facilement accessible, ne soulève pas de difficulté majeure.

En ce qui concerne la « substantialité », le règlement maintient un critère objectif : le savoir-faire doit être substantiel, ce qui exclut les informations courantes (cela signifie en fait que le savoir-faire doit comporter un certain degré d'innovation, mais celui-ci ne doit pas nécessairement être élevé). De plus, il exige simplement que l'information communiquée soit « importante », et non « d'une importance décisive » ainsi qu'il était prévu dans le projet publié. En fait, il suffit que le savoir-faire soit utile pour le licencié en l'aidant notamment à entrer dans de nouveaux marchés de produits tels que ceux des levures congelées et de certains détacheurs spécifiques ainsi que la Commission a pu le constater dans ses décisions Rich Products et Delta Chemie.

En ce qui concerne l'identification, le règlement donne aux parties la faculté de n'incorporer dans l'accord qu'une référence à la description du savoir-faire, celui-ci pouvant être identifié et consigné dans un document distinct sous la forme manuscrite ou sous toute autre forme appropriée. Le savoir-faire peut notamment être exprimé sur un support matériel tel qu'un micro-film ou vidéocassette ou cassette audionumérique.

Les parties veilleront à garder secret ce document ou support. Cette approche de « boîte noire » est en général considérée par les parties comme essentielle pour assurer au maximum la confidentialité du savoir-faire.

Venons-en maintenant à la question délicate de la *protection territoriale* qui recouvre notamment les périodes de protection.

Je voudrais encore une fois attirer votre attention sur la notion de la « même technologie » — qui devient cruciale dans ce contexte — : elle est définie comme la technologie concédée au premier licencié et améliorée par tous les perfectionnements apportés ultérieurement.

La Commission a spécialement été confrontée au problème suivant : le projet publié en 1987 prévoyait une extension automatique des périodes de protection en cas de nouvelles améliorations qui auraient fait l'objet de nouveaux accords. Afin d'éviter que ces périodes de protection n'aboutissent à une restriction territoriale par trop importante, presque illimitée, la Commission a supprimé dans le texte final cette disposition. Il en est résulté que le

bénéfice d'une nouvelle période de protection territoriale commençant à la date à laquelle les perfectionnements ont été concédés sous licence dans la Communauté, ne peut être accordé que par décision individuelle en particulier lorsque les perfectionnements ou les nouvelles applications de la technologie concédée ne sont pas sensiblement moins importants que la technologie initialement concédée ou qu'ils exigent de nouveaux investissements coûteux et risqués.

La Commission, ayant supprimé cette possibilité de renouvellement automatique, a pu augmenter la durée de protection entre les parties de manière à ce qu'elle soit suffisamment longue pour éviter que les cocontractants aient à procéder à la notification de leurs accords en vue d'obtenir une protection pour leurs améliorations. J'aborde ainsi les exemptions de l'art. 1.

Les obligations restrictives qui établissent une protection territoriale contre la fabrication, l'utilisation ou la vente entre le donneur de licence et son licencié, sont généralement exemptées pour une période qui ne peut, pour chaque territoire concédé à l'intérieur du marché commun, dépasser dix ans à compter de la date de signature du premier accord de licence conclu par le donneur de licence pour ce territoire et pour la même technologie.

La protection territoriale du licencié contre la fabrication, l'utilisation et les ventes actives par d'autres licenciés, c'est-à-dire les ventes résultant d'une politique active de pénétration d'un territoire, est généralement exemptée pour une période de dix ans à compter de la date à laquelle le premier accord de licence est conclu dans la Communauté. Par ailleurs, les licenciés bénéficient, les uns vis-à-vis des autres, d'une protection contre la concurrence passive, soit contre les ventes faisant suite à des demandes spontanées, pour une période initiale ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de signature du premier accord de licence conclu à l'intérieur de la Communauté.

Après cette période de cinq années, chaque licencié doit pouvoir répondre positivement à une demande d'achat provenant d'un autre territoire et c'est par le biais de ce mécanisme, de cette possibilité que la Commission espère ainsi créer une ouverture supplémentaire favorisant l'intégration du Marché unifié.

Le P^r Blaise nous a parlé à propos de la licence exclusive des principes qui se dégagent de l'arrêt « Semences de Maïs » (9).

La Cour s'est livrée à une analyse économique des circonstances propres à l'espèce en prenant en considération la concurrence entre le nouveau produit et les produits similaires existants (concurrence interbrand), dans le cadre même de l'examen de l'affaire au regard de l'article 86, paragraphe 1. La Commission retient expressément au considérant 6 du présent règlement, le principe de la comptabilité de la licence exclusive avec l'article 85, paragraphe 1 lorsque celle-ci concerne l'introduction et la protection d'une nouvelle technologie secrète dans les circonstances décrites par la Cour dans son arrêt. Ce n'est que dans la mesure où des accords de licence exclusive relèvent de l'article 85, paragraphe 1, en raison de l'absence de ces circonstances spécifiques, qu'ils sont inclus dans le règlement afin qu'ils puissent bénéficier de l'exemption catégorielle. Toutefois, dans les décisions relatives à des accords de savoir-faire, qui ont suivi l'arrêt et qui ont déjà été mentionnées, la Commission continue d'appliquer l'article 85, paragraphe 1, à la restriction de la concurrence interband, en prenant en compte les effets bénéfiques des accords dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3. La Commission, il est vrai, considère que c'est dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3 que l'on peut se livrer à un bilan économique des effets positifs et négatifs des accords.

(9) C.J.C.E. 8-6-1982, « L. C. Nungesser K. G. et Kurt Elsele c. Commission », Rec. 1982, p. 1015.

(7) Réf. : D.A.F.F.E./C.L.P./W04/88.5 (Part. 2).

(8) Traduction proposée par l'auteur de l'exposé : « La question de savoir si un accord porte sur un transfert effectif de technologie devient plus difficile lorsque ce transfert concerne un savoir-faire non public. C'est un domaine dans lequel il y a une différence significative, du moins pour les autorités antitrust, entre les accords de licence de brevet et les accords de licences de savoir-faire. »

D'autre part, les décisions susmentionnées se prêtaient difficilement à une application des principes de l'arrêt Mais. Dans l'affaire Boussois-Interpane, la licence concédée n'était pas une « licence ouverte » en raison de l'interdiction de concurrence active et passive entre licenciés pendant 5 ans. Dans les affaires Rich Products — Jus Rol et Delta Chimie — DDD, il s'agissait bien de procédés qui étaient en partie connus et déjà introduit dans le territoire sous licence alors que d'autres techniques similaires étaient appliquées ; il était difficile d'appliquer ce concept de technologie nouvelle indiquée par la Cour, qui est le résultat d'un grand effort de recherche et d'investissement. Il y a lieu de noter que la Commission n'a pas hésité à admettre que, indépendamment de la nouveauté des technologies faisant l'objet des accords en cause, il s'agissait là d'acquis réalisés par les sociétés concédantes et qu'il était dans l'intérêt de l'industrie communautaire de pouvoir en bénéficier : la Commission en a admis donc le caractère substantiel et a accordé une exemption. Dans le règlement, elle donne une exemption très large sans trop se soucier de l'aspect de la nouveauté de la technologie, en contribuant ainsi à l'augmentation de la sécurité juridique.

Considérons maintenant certaines dispositions importantes des articles 2 et 3. *La liste de l'article 2* comprend notamment l'obligation pour le licencié de cesser d'utiliser le savoir-faire concédé après l'expiration de l'accord (« interdiction d'utilisation après terme ») et celle de communiquer au donneur de licence les perfectionnements qu'il a apportés. Il faut toutefois, pour que l'exemption par catégorie soit applicable, que le droit du donneur de licence d'utiliser ces perfectionnements prenne fin à l'expiration de la licence pour le savoir-faire initial. Un tel résultat qui paraît à première vue surprenant est dû à la constatation que dans le cas contraire, le licencié ne disposerait d'aucun moyen pour obtenir de son cocontractant l'autorisation, après l'expiration de l'accord, de poursuivre l'exploitation du savoir-faire initialement concédé et des perfectionnements qu'il a lui-même apportés.

La Commission entend ainsi, lorsque des perfectionnements auront été apportés au savoir-faire, inciter les parties à renégocier un accord arrivé à son terme normal sur une base égalitaire. En pratique, cela ne devrait pas présenter de difficultés. Plusieurs accords comportent traditionnellement des dispositions en vue de leur renégociation en cas d'améliorations substantielles apportées par le licencié. Nous avons amendé le texte de l'art. 2 (1) (4) de manière à exprimer clairement que la Commission considère que le licencié peut être valablement tenu de laisser au donneur de licence la faculté de continuer à utiliser les perfectionnements après l'expiration du contrat si ce dernier renonce en même temps à maintenir l'interdiction d'utilisation après terme ou accepte, après avoir eu la possibilité d'examiner les perfectionnements apportés par le licencié, de lui verser des redevances appropriées au titre de leur utilisation.

L'acceptation de principe du paiement des redevances après la chute du savoir-faire dans le domaine public a posé des problèmes. La Commission a eu à choisir entre trois options :

— la première, telle qu'exprimée dans le projet publié, admettait l'obligation pour le licencié de continuer à

payer pendant trois ans au plus après la chute du savoir-faire dans le domaine public par l'action des tiers ;

— la deuxième, intégrée dans le texte soumis en juillet 1988 à la deuxième convocation du Comité Consultatif, établissait la licéité du paiement de redevances pendant une période appropriée, en aucun cas supérieure à sept ans, que le savoir-faire concédé soit ou non tombé entre-temps dans le domaine public ;

— enfin, la dernière option, qui a finalement été retenue dans le texte, est la pleine reconnaissance de la liberté contractuelle, c'est-à-dire la licéité de l'obligation du licencié de continuer à verser, jusqu'à l'expiration de l'accord, des redevances dont le montant, la durée et les modalités de paiement ont été librement arrêtés entre les parties (10). Cela paraît justifié car, de l'avis général des milieux professionnels, une technologie moderne est concédée en licence, non pas en raison de l'avantage que confère le caractère secret, mais parce que les licenciés peuvent se présenter immédiatement sur le marché avec un produit testé et compétitif. Toutefois, la Commission se réserve la possibilité de retirer le bénéfice de l'exemption si la durée des paiements est disproportionnée par rapport à l'avance procurée sur le plan de la production et de la commercialisation et que cette obligation est préjudiciable à la concurrence sur le marché.

Pour ce qui est de la liste noire, celle-ci englobe traditionnellement dans tous les règlements d'exemption de la Commission, les restrictions quantitatives et de clientèle. Toutefois, cela ne s'applique pas dans le présent Règlement lorsque la licence de savoir-faire est accordée pour procurer une deuxième source d'approvisionnement à un client. Dans ce cas, l'interdiction faite au licencié de livrer à d'autres personnes que le client intéressé peut être indispensable à l'octroi d'une licence au deuxième fournisseur. Ainsi qu'il est dit au considérant 18, il est raisonnable de penser que de telles clauses contribuent à améliorer la production de biens et à promouvoir le progrès technique en favorisant la diffusion de la technologie. Toutefois, à l'état actuel de l'expérience acquise par la Commission relativement à ces clauses, il a été jugé opportun de les soumettre à la procédure d'opposition.

J'arrive à présent à la conclusion de mon exposé. Les commentaires présentés pour les divers projets du Règlement nous ont été d'une grande aide et nous avons beaucoup apprécié l'intérêt qu'ils manifestaient.

Nous sommes maintenant parvenus au terme de la procédure législative et nous espérons avoir réalisé un texte raisonnable. La politique de concurrence représente un aspect essentiel de l'action de la Commission à l'égard de l'industrie dans le grand marché unifié de 1992. L'initiative de la Commission dans ce domaine des accords de S.F. doit être appréciée au regard de son engagement général d'assurer que le droit de la concurrence fonctionne de la manière la plus apte à stimuler à la fois la concurrence et la compétitivité de l'industrie communautaire, dont le succès sur le marché mondial dépendra en définitive de sa capacité à générer, développer et appliquer de nouvelles technologies.

(10) Art. 2 (1) (7).

ANALYSE DU RÈGLEMENT « LICENCE DE SAVOIR-FAIRE »

Michel DE HAAS,
Directeur Juridique de Sanofi
Président d'Honneur du Les France

Le règlement d'exemption « Licence de savoir-faire » intervient, quelques années après celui de 1984 sur la licence de brevet, dans le cadre de laquelle le savoir-faire pouvait intervenir en tant qu'annexe à la licence de brevet.

Avant d'analyser les dispositions du Règlement, une première réflexion s'impose. Lorsque le titulaire ou le propriétaire d'une technique, que nous appellerons « savoir-faire », en dispose, un premier choix s'offre à lui, qu'il établira dans le cadre de sa stratégie industrielle ; la protégera-t-il ou non ? Il n'opère pas le choix seulement en vue de bénéficier du Règlement d'exemption de 1984 ou de celui de 1988 (la plupart des industriels les ignorent), mais dans le cadre de sa propre stratégie.

Il a, d'une part, lorsque la technique est brevetable, c'est-à-dire est nouvelle et inventive, la possibilité de la breveter, ce qui ne manquera pas d'entraîner pour lui un inconvénient immédiat, à savoir que dix-huit mois après son premier dépôt, s'il veut protéger sa technique dans les pays du monde qui l'intéressent, donc si son brevet perdure, l'objet en sera publié. Et il peut considérer, lorsqu'il s'agit de technique, que cette publication comporte en elle-même une servitude insupportable. Alors, d'autre part, et ce sera souvent le cas, il pourra s'abstenir de déposer un brevet et éviter de la sorte toute publication. Il n'évitera pas, de la sorte, les fuites qui sont le fait de personnes indelicates, les indiscretions de personnes qui quittent l'entreprise au profit des concurrents, mais il aura, dans la mesure du possible, conservé un certain nombre d'éléments confidentiels dont il convient d'avoir une approche substantielle. Celui qui choisit de ne pas breveter pour des raisons qui lui sont propres, de pure stratégie, qui conserve son secret, ne sera pas sanctionné dans le comportement qu'il va avoir avec les tiers auxquels il va transférer sa technique, alors que cela peut arriver, par exemple, en Droit américain.

Il est très fréquent, lors du dépôt d'un brevet, que l'inventeur n'indique pas tous les éléments nécessaires à la mise en œuvre du procédé breveté, dans les meilleures conditions techniques et économiques possibles. En conséquence, le brevet sera de manière presque systématique accompagné d'un savoir-faire, dont la connaissance est pratiquement indispensable à tout industriel qui entend réaliser la mise en œuvre effective du brevet.

La mixité nous amène à aborder deux domaines dont le contexte juridique est différent.

— En ce qui concerne le brevet, sa définition est claire, sa portée est parfaitement bien figée, sa protection dure vingt ans.

— En ce qui concerne le savoir-faire, rien n'est aussi net ; quant à sa protection, à l'image de la solution retenue par la jurisprudence de la Commission, le Règlement d'exemption en a limité la durée à dix années. Or, en pratique, un tel délai ne peut pas être général. En effet, certains savoir-faire n'ont dans le temps qu'une portée très limitée, dont l'intérêt est pratiquement instantané. C'est, notamment, le cas lorsqu'un industriel veut intervenir très rapidement sur un marché et qu'il est prêt, pour cela, à consentir une contrepartie exagérée. Si l'on a dit que ce Règlement d'exemption est souvent favorable au

baillieur de licence, c'est, de ce point de vue là tout à fait justifié dans la mesure où le licencié, très pressé d'investir dans un marché, et donc de disposer dans cette optique d'une technique tout à fait au point, peut accepter des conditions financières souvent difficiles. Il n'est pas dit si, dans l'évolution de la technique, c'est-à-dire dans le cours du temps, le licencié va recevoir, ou du moins doit recevoir, un flux continu d'informations. D'où la nécessité d'envisager cette question dans le préambule... et de le faire intelligemment.

En effet, si le contrat ne prévoit pas un flux continu de transmission et si le baillieur de licence reste toujours plus savant et meilleur en technologie que le licencié, il va continuer à progresser, et quelques années plus tard, le licencié stagnera toujours au stade initial alors que son baillieur aura beaucoup avancé. Or, le délai qui est donné dans le Règlement court à compter de la date du premier contrat de transfert, qui prévoit ou non ce flux continu. De ce flux continu ou de son absence vont découler des rapports techniques et économiques différents entre le licencié et son baillieur. Si ce flux continu est assuré, ils seront assez rapidement à égalité, alors que ce ne sera pas le cas dans l'hypothèse inverse.

On a vu, dans certains cas, des techniques de qualité au moment de leur transfert devenir obsolètes au bout de trois ans et, à l'inverse, il en existe d'autres qui sont, encore, valables, trente ans plus tard. Il s'agit, donc, d'un domaine bien différent de celui du brevet où tout est parfaitement fixé et figé, d'un domaine où l'on ne peut en pratique raisonner qu'au cas par cas.

Pour obtenir une exemption dont la durée excède dix ans, il convient alors de formuler une demande d'exemption hors règlement. C'est la solution retenue dans le 7^e considérant :

« L'exemption, en vertu de l'article 85-3, de périodes plus longues de protection territoriale, en particulier lorsqu'il s'agit de protéger des investissements coûteux et risqués, ou lorsque les parties n'étaient pas déjà en concurrence avant la concession de la licence, ne peut être accordée que par une décision individuelle. »

Le 8^e considérant envisage, lui, les contrats mixtes :

« Dans les cas où la même technologie est protégée dans certains États membres par des brevets nécessaires, au sens du 9^e considérant du Règlement sur les brevets, il y a lieu, et pour ces États membres seulement, d'exempter, en vertu du présent Règlement, la protection territoriale dont bénéficient le donneur de licence et le licencié l'un envers l'autre, et les restrictions relatives à la fabrication, l'utilisation et aux ventes actives sur leur territoire respectif, pendant toute la durée de validité des brevets qui existent dans ces États membres. »

On ne peut pas espérer retenir que l'aspect « licence de savoir-faire » soit dissocié de l'aspect « licence de brevet » au détriment de la licence de brevet lorsque, sur un État membre, la technique sera couverte par un brevet d'invention.

Ces remarques étant formulées, nous pouvons à présent nous pencher sur le domaine d'intervention de ce texte avant d'envisager son contenu.

LE DOMAINE DU RÈGLEMENT « LICENCE DE SAVOIR-FAIRE »

Jean-Marc MOUSSERON,

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Directeur de l'École du Droit de l'Entreprise

Le domaine du Règlement est défini par son *objet* (A), par son *territoire* (B) et par son *temps* (C) d'application.

A. OBJET DU RÈGLEMENT

Il faut bien noter que, par finalité et nature mêmes, le Règlement du 30 novembre 1988 n'a pas pour vocation d'examiner tous les problèmes de tous les contrats portant sur tous les savoir-faire. Règlement d'exemption collective, il va traiter du seul point de vue de l'application de l'article 85-3 du Traité de Rome (3°) certains contrats (2°) qu'il va définir concernant certains savoir-faire (1°) qu'il va également préciser.

1) Certains savoir-faire

La notion de savoir-faire, de know-how, d'information... est, aujourd'hui, en Droit français notamment, extrêmement large et accueille « toutes les informations pour la connaissance desquelles quelqu'un est prêt à verser de l'argent » ou, plus doctement, toutes les connaissances techniques transmissibles non immédiatement accessibles au public (v. J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, t. 1 *L'obtention des brevets*, Coll. CEIPI XXX, Litec 1984, n. 11 s., p. 16 s.).

Le Règlement se limitera à envisager des problèmes de concurrence relatifs à des *procédés de fabrication* ou des *connaissances relatives à l'utilisation et à l'application de techniques industrielles* » (Cons. 1). Ici, la notion de savoir-faire, de know-how, doit être appréhendée de façon très particulière ; il s'agit en effet du savoir-faire industriel. Toute l'évolution de la réflexion doctrinale depuis vingt ans a tendu vers la démonstration du fait que la notion de savoir-faire, de know-how, d'information, ne s'identifiait pas uniquement au savoir-faire technique mais pouvait gagner tous les secteurs de l'activité humaine.

Le règlement d'exemption ne s'applique pas à n'importe quelle forme de fabrication ou de connaissance relative à l'industrie et à l'application de techniques industrielles. Sont, par exemple, exclus du champ d'application du présent règlement les accords relatifs à la commercialisation d'un savoir-faire commercial dans le cadre du contrat de franchise.

L'article 1 par. 3 caractérise, d'autre part, le savoir-faire concerné par trois traits : le savoir-faire doit être « *identifié* », « *secret* », et « *substantiel* » :

— « Le terme "*secret*" signifie que l'ensemble du savoir-faire, considéré globalement ou dans la configuration ou l'assemblage précis de ses éléments, n'est généralement pas connu ou facile à obtenir, de sorte qu'une partie de sa valeur réside dans l'avance que sa communication procure au licencié. »

On est bien loin des conditions de nouveauté ou d'activité inventive exigées pour la réservation du savoir-faire

industriel par brevet. On retiendra, tout particulièrement, l'idée d'origine américaine que « sa valeur réside dans l'avance que sa communication procure au licencié », c'est-à-dire à l'avantage sur les concurrents dans l'affrontement de la compétition.

— « Le terme "*substantiel*" signifie que le savoir-faire englobe les informations qui sont importantes pour l'ensemble ou pour une partie significative d'un procédé de fabrication, d'un produit ou d'un service ou pour leur développement et exclu les informations courantes » (art. 1 par. 7.3).

L'expression nous semble moins importante que l'appréciation de l'utilité qu'elle recouvre, également :

« Ce savoir-faire doit donc être utile, c'est-à-dire qu'il faut que l'on puisse raisonnablement s'attendre, à la date de la conclusion de l'accord, à ce qu'il soit de nature à améliorer la compétitivité du licencié... »

On notera la même référence que précédemment à la compétitivité du bénéficiaire et on notera que « c'est à la date de la conclusion de l'accord, que la perception de cette utilité doit être recherchée ». On retrouve là l'idée, classique en Droit français, que la cause doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat et point au cours de son existence et que, par conséquent, sa disparition, ne saurait entraîner la caducité de l'accord.

— « Le terme "*identifié*" désigne le savoir-faire décrit ou exprimé sur un support matériel de telle sorte qu'il soit possible de vérifier s'il remplit les critères de secret et de substantialité et de s'assurer que la liberté du licencié d'exploiter sa propre technologie n'est pas indûment restreinte. »

Le Règlement a à s'assurer que les restrictions de concurrence découlant du contrat examiné sont bien « inhérentes » à la technique concernée. De même que la contestation du caractère secret devra toujours être possible (v. infra : clauses noires) et que les tying clauses seront prohibées, de même les extensions de contrats au delà d'un savoir-faire existant au moment de la conclusion du contrat doivent être écartées. Cette identification, que l'on peut rapprocher de la définition de l'invention brevetée par le jeu des revendications, jouera un grand rôle pour faire respecter les durées prescrites aux accords exclusifs.

Un problème essentiel est celui du développement du savoir-faire par le jeu des perfectionnements que tous les exploitants peuvent lui apporter. On a, en effet, toujours insisté sur le fait que le savoir-faire est un « flux » et qu'il se nourrit régulièrement de l'exploitation qui en est faite. Dans la mesure où les perfectionnements réalisés par le concédant seront « accessoires » par rapport au principal établi au jour de la conclusion de l'accord, ils seront compris dans la notion de « savoir-faire concédé » et leur réalisation ne modifiera pas le point de départ de la durée des exclusivités tolérées. Au cas, en revanche, où ces perfectionnements modifieraient profondément le savoir-faire et justifieraient la conclusion d'un nouveau contrat, c'est à partir de la date de ce nouveau contrat

que les durées d'exclusivité pourraient être calculées. Le considérant 7 al. 3 prévoit, également :

« Les parties sont libres de proroger leur accord en vue d'exploiter d'éventuels perfectionnements ou de prévoir le paiement de redevances supplémentaires. Toutefois, dans de tels cas, le bénéficiaire d'une nouvelle période de protection territoriale commençant à la date à laquelle les perfectionnements ont été concédés sous licence dans la communauté, ne peut être accordé que par décision individuelle, en particulier lorsque les perfectionnements ou les nouvelles applications de la technologie concédée sont substantiels et secrets et ne sont pas sensiblement moins importants que la technologie initialement concédée ou exigent de nouveaux investissements coûteux et risqués. »

2) Certains contrats

Le Règlement se préoccupe de certains contrats.

— L'article 1 par. 1 précise qu'il s'agit, tout d'abord, des « accords purs de licence de savoir-faire », c'est-à-dire « des accords par lesquels une entreprise, le donneur de licence, s'engage à communiquer le savoir-faire, avec ou sans obligation de transmettre les éventuels perfectionnements ultérieurs, à une autre entreprise, le licencié, en vue de son exploitation sur le territoire concédé ». On relèvera que « communiquer » est la prestation caractéristique du contrat. Le savoir-faire non breveté n'est couvert par aucun droit de propriété et, en principe, dès lors qu'une personne en a la maîtrise intellectuelle, elle peut librement l'exploiter. Le contrat de licence a, donc, pour objet d'obliger le concédant à tenir ce savoir-faire à la disposition d'un licencié qui, par la suite et sous la seule réserve des obligations de ne pas faire que le contrat peut produire, en aura la libre exploitation.

— Le considérant 2 range, également, dans le domaine du texte de 1988 les « accords mixtes » sur informations non brevetées et brevetées dans la mesure où ils ne sont pas déjà couverts par le règlement sur les licences de brevet :

— *« Les accords mixtes dans lesquels les brevets concédés ne sont pas nécessaires pour la réalisation de l'objet de la technologie concédée incluent des éléments brevetés et des éléments non brevetés ; ceci peut être le cas lorsque ces brevets n'assurent pas une protection efficace contre l'exploitation de cette technologie par des tiers. »*

L'application de cette formule sera difficile car, à la prendre à la lettre, elle réserverait l'application du Règlement aux accords de savoir-faire qui pourraient être utiles même en l'absence de clauses de propriété industrielle (« Le concédant donne licence des brevets qui pourraient être nécessaires à l'exploitation du présent savoir-faire »). Il faut considérer, de façon plus large, peut-être, les contrats concernant des procédés dont certains points de passage sont couverts par des brevets dans la mesure où ces points de passage pourraient être aisément tournés par le recours à d'autres moyens techniques et représenteraient, seulement, un certain avantage technique sur un procédé qui les éviterait.

— *« Les accords mixtes qui... contiennent des obligations... dans des États membres où il n'existe pas de protection des brevets... »*

Le considérant 8 prévoit, alors, que dans les cas où la même technologie est protégée dans certains États membres par des brevets nécessaires... il y a lieu, pour ces États membres, d'exempter en vertu du présent Règlement la protection territoriale dont bénéficie le donneur de licence et le licencié... pendant toute la durée de validité des brevets qui existent dans ces États membres ».

Il s'agit, ici, de contrats portant sur des informations dont la condition juridique n'est pas homogène à l'intérieur de la Communauté, des brevets existant pour certains États et point pour d'autres.

L'article 6 du Règlement élargit sa portée en écartant toutes distinctions selon l'origine du savoir-faire (art. 6.1) le caractère, proportionnel notamment, de la contrepartie financière (art. 6.2) et le fait que les obligations au lieu de devoir être exécutées directement par les parties « sont assumées par des entreprises qui leur sont liées », celles-ci étant définies par l'article 1 par. 1.13 du Règlement ».

L'article 1^{er} observe, d'autre part, que peu importe que les accords comportent « des clauses accessoires relatives à des marques ou à d'autres droits de propriété intellectuelle ».

En revanche, l'article 5 exclut du champ du Règlement d'exemption des accords voisins de ceux qu'écarte, également, le Règlement de 1984 : communauté de brevets ou de savoir-faire, recours à entreprises communes... Il est dit, toutefois, que le Règlement « s'applique toutefois aux licences réciproques... lorsque les parties ne sont soumises à aucune restriction territoriale à l'intérieur du marché commun... ».

3) Certains aspects

Le Règlement ne concerne, d'autre part, que certains aspects de pareils contrats dans la mesure où il se soucie, uniquement, de leur conformité ou de leur non-conformité au regard du Traité. Il faut, toutefois, nuancer cette observation dans la mesure où l'article 85 par. 2 dudit Traité frappe de nullité les accords comportant des clauses tombant sous le coup de l'article 85-1 sans pouvoir être rachetées par application de l'article 81.5.3.

Il faut sans cesse avoir présent à l'esprit que ce texte n'établit pas la réglementation générale des licences de savoir-faire. Il s'agit d'un règlement d'exemption de certains contrats de licence, de certains savoir-faire. Toutefois, ce règlement va certainement exercer une pression très forte sur toute notre conception du savoir-faire et des accords sur savoir-faire car, mises à part quelques très rares interventions de justice, le seul texte dont nous allons disposer en Droit positif sera justement celui édicté pour l'application de l'article 85 à ces accords.

Dans la mesure, toutefois, où le Règlement concerne, uniquement, les contrats soumis au Traité de Rome, ces prescriptions n'ont pas de conséquence pour les accords relevant, uniquement d'un Droit national et, par exemple, les clauses de non-contestation peuvent demeurer valables dans une convention proprement hexagonale.

B. TERRITOIRE DU RÈGLEMENT

L'exposé des motifs rappelle, bien entendu, que ses dispositions ne sont applicables que dans la mesure où elles relèvent de contrats qui, par leur domaine d'application, relèvent du Traité de Rome. On notera, toutefois, le considérant 4 du Règlement :

« Si de tels accords de licence purs ou mixtes comportent non seulement des obligations relatives à des territoires à l'intérieur du marché commun, mais aussi des obligations relatives à des pays tiers, la présence de ces dernières n'empêche pas le présent Règlement de s'appliquer aux obligations concernant des territoires à l'intérieur du marché commun. »

Le Considérant 4 al. 2 applique classiquement les règles du Traité de Rome :

« Si les accords de licence conclus pour des pays tiers ou pour des territoires qui s'étendent au-delà des frontières de la communauté ont, à l'intérieur

du marché commun, des effets pouvant relever de l'article 85 par. 1, ils doivent être couverts par le présent Règlement dans la même mesure que le seraient les accords conclus pour des territoires à l'intérieur du marché commun. »

Les derniers articles du texte en prévoient l'application aux États non fondateurs de la C.E.E.

C. TEMPS DU RÈGLEMENT

Le Règlement prévoit son entrée en vigueur pour le 1^{er} avril 1989 et son applicabilité jusqu'au 31 décembre 1999. Il dispose très nettement :

« Le présent Règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tous les États membres. »

Il s'appliquera, sans difficulté, aux accords conclus après le 1^{er} avril 1989.

Son application peut davantage faire problème pour les accords conclus avant le 1^{er} avril 1989. L'article 8 se préoccupe des dispositions transitoires. La principale dis-

position est l'article 8 par. 2 concernant la plupart des accords notifiés avant le 1^{er} avril 1989 :

« L'inapplicabilité de l'article 85 par. 1 du Traité énoncée dans le présent Règlement prend effet rétroactivement à la date à laquelle les conditions d'application du présent Règlement sont remplies, mais au plus tôt à compter de la date de la notification. »

L'article 8 apporte certaines précisions pour le cas où il s'agit d'accords notifiés avant l'entrée en vigueur du Règlement. Dans ce cas, l'exemption de l'article 85 va jouer au plus tôt, à compter de la date de la notification. En ce qui concerne les accords qui n'ont pas été notifiés, c'est au moment de l'entrée en vigueur du Règlement que les parties pourront s'en prévaloir, étant entendu que les accords qui entrent dans le champ d'application des articles 1 et 2 ne sont désormais pas subordonnés à notification, c'est l'un des avantages de la procédure d'exemption.

L'article 9 prévoit une possibilité de mise en conformité « avant le 1^{er} juillet 1989 ».

« L'interdiction édictée à l'article 85-1 par. 1 du Traité ne s'applique pas à la période antérieure à la modification pour autant que celle-ci ait été communiquée à la Commission avant le 1^{er} octobre 1989. »

LE CONTENU DU RÈGLEMENT « LICENCE DE SAVOIR-FAIRE »

■ A) LES CLAUSES BLANCHES

M. VIVANT et C. LE STANC,
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Professeur à l'École du Droit de l'Entreprise
et au C.E.I.P.I.

II. — CONTENU DU RÈGLEMENT

Le Règlement distingue ce que le jargon communautaire appelle les « clauses blanches » (A), des « clauses noires » (B) et des « clauses grises » (C).

A. LES CLAUSES BLANCHES

Les clauses blanches sont les clauses dont le Règlement constate qu'elles n'enfreignent pas les dispositions du Traité.

On peut relever, toutefois, une distinction selon que cette disposition peut intervenir pour non applicabilité de l'article 85-1 (1^o) ou pour applicabilité de l'article 85-1 mais par application de l'article 85-3 (2^o).

1) *L'article 1 du Règlement et le « bilan concurrentiel »*

L'article 1 du Règlement présume étrangères à l'article 85-1 au titre d'un « bilan concurrentiel » un certain nombre de dispositions :

— « ... l'article 85-1 du Traité est déclaré inapplicable aux accords... auxquels ne participent que deux entreprises et qui comportent une ou plusieurs des obligations suivantes. »

a) L'article 1 concerne, tout d'abord, les clauses intéressant certaines obligations du concédant, à savoir, des clauses d'exclusivité obligeant le concédant soit à ne pas autoriser d'autres exploitations sur un territoire concédé (art. 1 par. 1.1), soit à ne pas exploiter lui-même ladite technologie (art. 1 par. 1.2). La clause d'exclusivité correspond-elle simplement à l'obligation pour le concédant de ne pas accorder d'autres licences, ou bien doit-il en outre s'abstenir personnellement d'exploiter ? Les auteurs du Règlement ont été bien inspirés de ne pas utiliser la formule globale trop générale et de détailler les deux cas.

L'exemption de ces clauses d'exclusivité est, toutefois, subordonnée à deux conditions.

— L'article 1 par. 2.1 plafonne à « une période qui pour chaque territoire concédé à l'intérieur de la communauté ne peut dépasser dix ans à compter de la date de signature du premier accord de licence conclu pour ce territoire par le donneur de licence pour la même technologie ». Cette durée fut l'un des points les plus discutés durant la préparation du Règlement. Une durée de sept

ans avait été retenue par le projet de 1985 ; elle a été haussée à dix années. Si des partenaires considèrent que cette clause d'exclusivité mériterait d'être exemptée pour une période supérieure, ils conservent, toujours, bien entendu, la voie de l'exemption individuelle.

— L'article 1 par. 5 subordonne l'exemption « à la condition que le licencié fabrique ou envisage de fabriquer — option qui ne figurait pas dans le projet de Règlement — lui-même le produit sous licence ou le fasse fabriquer par une entreprise qui lui est liée ou par un sous-traitant ».

b) Le Règlement d'exemption s'applique, également à certaines clauses traitant des obligations du licencié.

α Le Règlement se préoccupe, tout d'abord, de clauses relatives à la production et constitutives de véritables licences partielles de territoire (art. 1 par. 1 al. 3 et 4).

La condition de durée de l'article 1 par. 2 al. 1 précité est applicable à la licence partielle d'exploitation visée par l'article 1 par. 1.3 où l'exclusivité profite au seul donneur de licence.

S'agissant de l'article 1 par. 1.4 concernant l'exclusivité du licencié à l'égard d'autres éventuels licenciés, le plafonnement est de construction différente :

— « L'exemption des obligations... est accordée pour une période qui ne peut dépasser dix ans à compter de la date de la signature du premier accord de licence conclu par le donneur de licence à l'intérieur de la communauté pour la même technologie. »

Il s'agit aussi de clauses relatives aux modalités d'exploitation. L'article 1 par. 1 point 8 prévoit l'obligation pour le licencié de limiter sa production du produit sous licence à la quantité nécessaire à la fabrication de ses propres produits et de ne vendre le produit sous licence que comme parties intégrantes ou pièces de rechange de ses propres produits, ou de toute autre manière qui soit en liaison avec la vente de ceux-ci, à condition que ces quantités soient fixées librement par le licencié.

β) Le Règlement procède également à des exemptions pour des clauses imposant des obligations au licencié en matière de commercialisation. — Les clauses essentielles visées sont les clauses de destination visées par l'article 1 par. 1.5 créant : « l'obligation pour le licencié de ne pas pratiquer une politique active de mise dans le commerce du produit sous licence dans les territoires concédés à d'autres licenciés à l'intérieur du marché commun... »

Le Règlement précise en quoi peut consister cette « politique active de mise dans le commerce du produit » :

« ... et, en particulier, de ne pas faire de publicité expressément destinée à ces territoires, de n'y établir aucune succursale et de n'y entretenir aucun dépôt pour la distribution de ce produit. »

Cette obligation ne peut excéder la période de dix ans précédemment définie par l'article 1 par. 2 al. 2.

L'article 1 par. 1.6 se soucie d'une clause de destination plus rigoureuse prévoyant « l'obligation pour le licencié de ne pas mettre dans le commerce le produit sous licence dans les territoires concédés à d'autres licenciés à l'intérieur du marché commun ».

Cette clause peut être exemptée mais, selon l'article 1 par. 2 al. 3, « pour une période qui ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de signature du premier accord de licence conclu par le donneur de licence à l'intérieur de la communauté pour la même technologie ». A la limitation territoriale la plus dure correspond la période d'exemption la plus brève.

— Il s'agit, aussi, des clauses de marquage des produits. L'article 1 par. 1 point 7 envisage l'obligation pour le licencié de n'utiliser que la marque de fabrique du donneur de licence, ou la présentation déterminée par celui-ci, pour distinguer le produit sous licence, pendant la durée de validité de l'accord, pour autant que le licencié

ne soit pas empêché d'indiquer qu'il est le fabricant du produit sous licence.

Il ne faut pas, ici, manquer de se référer à la Directive européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, qui tend à imputer cette responsabilité à tous ceux, fabricants ou distributeurs, qui impriment leur marque sur le conditionnement de l'objet qui s'avère vicié, défectueux. Les problèmes de marquage qui, jusqu'à présent, étaient intéressants du point de vue des pouvoirs, de celui dont le signe se trouvait ainsi apposé sur le produit, devront être observés, s'agissant notamment de produits de grande consommation, avec beaucoup plus d'attention car ce ne sont pas simplement les avantages d'un signe qui sont ici envisagés mais aussi les charges de responsabilité qui pourront également en découler.

2) L'article 2 du règlement et le « bilan économique »

L'article 2 intervient pour présumer la réunion des conditions d'application de l'article 85-3 du Traité de Rome au titre d'un bilan économique comparant les effets négatifs résultant de la réduction de concurrence et les effets positifs résultant, notamment, de « la contribution au progrès économique ».

Les obligations générées par cet article 2 sont assez disparates si l'on considère les deux personnages qui sont présents dans l'opération dite de savoir-faire, à savoir : le concédant et le bénéficiaire.

a) S'agissant des obligations du concédant, nous avons une sorte de clause du licencié le plus favorisé, comme il existe une clause de la nation la plus favorisée. Selon le point 10, il peut être prévu à la charge du donneur de licence l'obligation de faire bénéficier le licencié des conditions de licence plus avantageuses qu'il pourrait accorder à une autre entreprise après la conclusion de l'accord. La clause de la nation la plus favorisée est transposée dans le domaine du Droit privé. Ici, si une nouvelle convention de Droit privé, plus intéressante pour l'autre partie, est passée, la convention ancienne sera alignée sur la convention nouvelle. Cette clause est la seule qui concerne le concédant en tant que tel.

b) Certaines obligations du licencié sont considérées comme non restrictives de concurrence et, dans cette structure, on peut opposer des obligations négatives et des obligations positives.

• Les obligations négatives: obligations de ne pas faire

Il s'agit essentiellement d'obligations qui tendent à préserver le secret, dont on sait qu'il est un élément nécessaire à la définition du savoir-faire, nécessaire à la valeur du savoir-faire. Le règlement insiste, d'ailleurs, sur le caractère relatif de la notion (art. 2.1.1., 2.1.2. et 2.1.12.).

— Obligation de ne pas divulguer le savoir-faire. C'est un point évident, c'est là une donnée brute. Le licencié peut rester tenu par cette obligation après l'expiration de l'accord, ce qui est dans la logique même de ce type de contrat. Le licencié n'a pas à faire connaître à des tiers la teneur du savoir qu'il a pu acquérir.

— Obligation de ne pas concéder de sous-licence ou de ne pas céder la licence. On peut faire en sorte que le contrat, pour employer une terminologie chère à M. Mousseron, ne puisse pas faire l'objet d'une « circulation », car dans cette hypothèse — si le contrat faisait l'objet de « circulation » —, la connaissance elle-même circulerait, la connaissance serait divulguée.

— C'est encore cette idée que l'on retrouve au point numéro 12, peut-être pas aussi directement exprimée, peut-être, d'ailleurs, d'une manière qui n'a pas la clarté cartésienne que les Français et les Néerlandais peuvent historiquement se partager. C'est, nous dit-on, l'obliga-

tion pour le licencié de ne pas utiliser le savoir-faire du donneur de licence pour construire des installations pour des tiers. Cette obligation ne porte pas atteinte aux droits du licencié d'accroître la capacité de ses installations ou d'en créer de nouvelles pour son propre usage, à des conditions commerciales normales (ce qui inclut le paiement de redevances supplémentaires). Le licencié se voit seulement interdire d'utiliser le savoir-faire pour construire des installations pour des tiers. A mon sens, il ne doit pas utiliser ce savoir-faire, parce que incorporant ce savoir-faire dans la réalisation d'une opération d'industrialisation ou de construction de quelque ordre qu'elle soit, il pourrait par là-même faire passer, faire connaître ce savoir-faire, à des tiers et, de ce fait, il s'agit ici, à travers les points 1, 2 et 12 d'assurer le « verrouillage » du savoir-faire.

• Les obligations positives : obligations de faire

Ce sont pratiquement toutes les autres. On peut mettre à part des dispositions à caractère financier et considérer que les autres sont des obligations à caractère technique, en prenant le terme « technique » dans l'acception la plus large : « technique » juridique peut-être, « technique » aussi industrielle. C'est en tout cas l'opposition que je vous propose de faire, qui n'est pas, évidemment, une opposition essentielle, mais qui permet, me semble-t-il, de mieux cerner la teneur de l'article.

* *Obligations techniques* : toujours à l'article 2.1., ce sont les points 4, 5, 6 et 11.

— *Obligation pour le licencié de communiquer au donneur de licence l'expérience qu'il a acquise en exploitant la technologie concédée, de lui accorder une licence non exclusive sur les perfectionnements ou les nouvelles applications de cette technologie.* L'idée, la philosophie générale du texte est qu'il peut être prévu licitement, sans que l'on considère qu'il y ait là une atteinte à la concurrence, l'obligation pour le licencié de faire connaître au donneur de licence le savoir-faire qu'il a lui-même développé à partir du savoir-faire primitif qu'il a reçu. L'idée présentée dans l'exposé des motifs selon laquelle la diffusion du savoir-faire peut être un élément vivifiant la concurrence conduit à admettre une clause qui serait en quelque sorte une clause de retour qui ferait a priori partie des clauses dont on nous dit qu'elles sont blanches.

Tel est du moins le principe, mais « à condition »,

« *Qu'il ne soit pas interdit au licencié pendant la durée de l'accord ou après son expiration d'utiliser librement les perfectionnements qu'il a lui-même apportés.* » Pour autant que ceci puisse être dissocié du savoir-faire du donneur de licence (lecture du point 4 première condition).

A cet égard, un point me paraît assez délicat, du point de vue pratique, qui est celui de l'appréciation de l'autonomie du perfectionnement par rapport au savoir-faire d'origine, puisqu'on nous dit que la règle doit jouer « dans la mesure où celui-ci pourra être dissocié ». Si le savoir-faire se caractérise par A, B, C, quelle sera la position de D par rapport à A, B, C ? C'est une difficulté qu'il faudra résoudre sur le terrain. Du point de vue de l'analyse juridique, ce qui est clair en revanche, c'est que puisque le point 2.1.4. n'est appelé à trouver application que si le licencié peut utiliser librement les perfectionnements qu'il a lui-même apportés, il s'agit d'éviter un enrichissement sans cause, il s'agit d'éviter que celui qui a reçu le savoir-faire, développant un savoir-faire amélioré, la fasse connaître au donneur de licence et ne puisse lui-même s'en servir. D'où la nécessité de pouvoir dissocier savoir-faire initial et savoir-faire perfectionné... L'idée est que les deux partenaires doivent se trouver bénéficiaires de l'opération, puisque le donneur de licence doit en contrepartie communiquer ses propres perfectionnements.

— *Obligation pour le licencié de respecter des spécifications minimums.* Il s'agit d'assurer la qualité du produit, et d'obliger le licencié à se procurer les produits ou services auprès du donneur de licence ou d'une entreprise désignée. Il s'agit de créer une sorte « d'avertissement », ceci pour assurer une exploitation techniquement correcte de la technologie concédée ou pour garantir la conformité de la production aux normes de qualité qu'il faut respecter. Dans le projet de règlement, les normes de qualité n'étaient pas primitivement présentes, il était simplement question de clauses justifiées par une exploitation techniquement correcte. Le fait d'avoir ajouté le visa des normes de qualité permet d'insister sur le résultat. Car si l'on parle d'exploitation correcte, c'est sans doute l'aspect dynamique : vérifier que le savoir-faire est mis en œuvre comme il doit l'être, qui va être privilégié. Mais si l'on parle de qualité, il ne s'agit plus simplement de mettre en œuvre au mieux le savoir-faire, il s'agit d'aboutir au résultat que l'on peut attendre ;

Et s'il est permis de faire une incursion en dehors du savoir-faire, je crois qu'il faut rattacher ceci, dans l'Europe communautaire, à une question comme celle que soulève le Droit des marques, marques dont nous disons tous qu'elles ont pour fonction d'identifier les produits. Il est, en effet, un problème bien connu qui est que, quand derrière la même marque, un produit est fabriqué en un lieu X, et en un autre lieu Y, le produit qui sort sous la même appellation n'est pas (toujours) le même. Si l'on relie ces différents domaines de la propriété industrielle : pouvoir faire passer du savoir-faire en exigeant qu'une certaine qualité soit requise peut être le moyen d'assurer que le produit qui va sortir sous la marque de l'entreprise correspondra au standard qu'elle souhaite voir retenu pour sa propre marque.

— *Obligation d'informer le donneur de licence de toute appropriation illicite.* « Approbation » est peut-être un terme qui n'est pas d'une langue juridique très ferme, mais comme le savoir-faire n'est pas en tant que tel objet de propriété, on comprend bien de quoi il s'agit, c'est-à-dire de toute opération de « maîtrise » induite du savoir-faire.

— *Obligation d'engager ou d'aider le donneur de licence à engager une action en justice en cas d'appropriation illicite ou de contrefaçon.* Obligation donc de participer à l'instance en justice. C'est là quelque chose qui est assez directement décalqué des hypothèses de propriété intellectuelle stricto sensu que l'on peut connaître.

Plus intéressante est la restriction qui figure en fin d'article :

« *A condition que ces obligations ne portent pas atteinte au droit du licencié de contester la validité des brevets concédés ou le caractère secret du savoir-faire concédé, sauf s'il a contribué lui-même d'une certaine manière à sa divulgation.* »

Le « sauf » ne se rapporte qu'au secret et non à la question de la validité des brevets. Cette observation présente un intérêt particulier, car elle tendrait à considérer que le licencié a la faculté de contester soit le brevet, soit la qualité intrinsèque du savoir-faire. Cette clause permettrait de considérer que ces facultés sont, en quelque sorte, d'ordre public communautaire. Je serais enclin à dire que la Commission a raison d'adopter cette attitude. Je vais sans doute susciter, ce faisant, un tollé. Simplement, il ne faut pas oublier qu'il y a quelques mois, la Cour de Justice a très curieusement validé une clause de non-contestation de brevet. La Commission n'étant qu'une autorité administrative soumise à la jurisprudence de la Cour, il n'est pas exclu que la Cour de Justice vienne dire le contraire par la suite, le dernier mot restant à la Cour. Mais je pense que l'attitude de la Commission relève d'un bon choix, il ne faut pas négliger cet élément nouveau que je viens de rappeler.

— « Obligation pour le licencié de mentionner le nom du donneur de licence sur le produit sous licence. »

Je pense que ce point n'est pas délicat à mettre en œuvre. Il faudra donc indiquer d'où vient le savoir-faire qui a permis la réalisation du produit ou la mise en œuvre du service. Cela participe d'une politique de transparence. On pourrait envisager encore quelques liens avec le Droit des marques.

* *Obligations financières* : Ce sont, à l'article 2.1., les points 7 et 9.

Sont considérées comme clauses n'étant pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence deux clauses.

— Obligation pour le licencié de continuer à verser des redevances dans les cas où le savoir-faire tomberait dans le domaine public. Point important : « autrement que par le fait du donneur de licence ». Il est évident que si le donneur de licence fait en sorte que ce savoir-faire soit divulgué, alors qu'on ne cesse de répéter que sa valeur va de pair avec le caractère secret qu'il peut avoir, sans qu'on soit assuré qu'il soit possible de parler précisément d'une atteinte à une obligation de garantie, il est clair que, dans l'esprit, c'est bien de cela dont il s'agit. Il faut donc mettre ceci de côté. Pour le reste, dans les autres cas, l'obligation de payer persistera. Cela peut paraître surprenant car on pensera que le paiement n'est plus légitimement dû. Je crois que dans l'exposé des motifs, la raison d'être de cette disposition est parfaitement expliquée. Il ne s'agit pas de faire payer une prestation (au sens large) qui ne serait plus justifiée. Il s'agit de prendre en compte la situation où le paiement n'a pas été fait au comptant, mais où le paiement a été réparti dans le temps. Il ne faudrait pas que le licencié tire argument du fait que, désormais, le savoir-faire pour une raison X est devenu public pour ne plus avoir à assurer la prestation qui était naturellement la sienne. C'est un peu la situation de celui qui « achète » avec un contrat de crédit-bail ou de leasing une voiture, et qui, cette dernière étant accidentée estime qu'il paie anormalement alors que le paiement est indiscutablement causé.

— *Obligation pour le licencié de verser une redevance minimale ou de produire une quantité minimale de pro-*

duits sous licence ou d'accomplir un nombre minimal d'actes d'exploitation de la technologie concédée.

Sont ici visés des procédés que l'on connaît bien dans d'autres domaines, comme celui du brevet par exemple, où il s'agit d'assurer un seuil minimal de rentrées, soit par la fixation directe d'un chiffre, soit de manière indirecte par l'indication des actes qui vont permettre de calculer le chiffre dû.

**

Voici, ainsi présentées, les obligations qui sont validées, ou du moins qui sont considérées comme non critiquables. Il faut ajouter qu'il y a une obligation à envisager pour la fin du contrat, la fin des relations « interparties », c'est selon l'article 2.1.3. :

« *L'obligation pour le licencié de ne pas exploiter le savoir-faire concédé après l'expiration de l'accord, pour autant et aussi longtemps que le savoir-faire demeure secret.* »

Il peut y avoir ainsi une limitation dans le temps. C'est ce qui permet, quelquefois, d'opposer dans une terminologie, à laquelle je ne me rallierai pas, licence et cession ou cession et licence. Il est intéressant de noter que cette obligation de non-exploitation ne vaudrait que dans la mesure où le savoir-faire demeurerait secret. Si le savoir-faire devient public, il n'y a plus d'obligation de non-exploitation, car le savoir-faire étant public, les tiers au contrat peuvent y accéder et l'exploiter.

Je signalerai enfin une difficulté qui était, peut-être, mieux abordée dans le projet de Règlement, qui est la question de savoir quel est le statut du savoir-faire qui, apparemment, va être acquis par le canal du contrat, mais qui en réalité est d'une banalité telle qu'il peut être acquis par n'importe quel autre canal. Situation qui consiste à « acheter » un savoir-faire et s'apercevoir que ce que l'on achète est, sinon du vent, du moins quelque chose que l'on aurait très bien pu obtenir autrement. Ce savoir-faire ainsi acquis est-il touché ou non par ces dispositions ? C'est un point qui peut susciter la discussion. Je pense que c'est le meilleur moyen de conclure que d'envisager la discussion !

■ B) LES CLAUSES NOIRES

J.-H. GAUDIN

Président-Directeur Général de la SOSPI

Ancien Président des Associations LES France et LES International

Président du Groupe « Transferts Techniques » du CNPF

Par l'effet de l'article 3, les articles 1 et 2 ne s'appliquent pas si le contrat comporte un certain nombre de clauses dont nous allons analyser le contenu. Un contrat de licence de savoir-faire comportant une ou plusieurs de ces clauses couramment appelées « clauses noires » ne peut pas bénéficier de l'exemption par catégorie qui est prononcée par ce Règlement.

En commentaire général de cet article 3, d'une part, j'insisterai tout d'abord sur le parallélisme entre l'article 3 du Règlement sur les licences de savoir-faire et un certain nombre de dispositions du même article 3 du Règlement « licence de brevet ». En tant que praticien, ma grande préoccupation, sinon mon obsession, est que ces deux Règlements pris ensemble soient exploitables. Je dois

rendre hommage à la Commission qui a su faire de tels outils, qui, je crois, dans leur ensemble, sont effectivement exploitables. Dans la pratique, les accords sont faits à 90 % de combinaisons de licences de brevets et de communications de savoir-faire. Il me paraît bien difficile de dire, dès la signature du contrat et éventuellement au cours de la vie de celui-ci, quelle est l'importance relative des brevets et quelle est l'importance relative du savoir-faire, notamment si l'on considère le champ géographique d'application du contrat — champ d'application qui peut couvrir des pays dans lesquels il y a des brevets, des pays dans lesquels il n'y a pas de brevets, des pays dans lesquels des brevets viendront à expiration avant d'autres —. Donc, il était fondamental pour les praticiens que les deux Règlements puissent s'exploiter conjointe-

ment et je crois que la Commission est arrivée sur ce point à un résultat tout à fait appréciable.

D'autre part, j'évoquerai un parallèle à faire avec le Droit anti-trust américain en matière de licence.

— Le règlement s'applique à un problème spécifique, celui du Marché Commun, c'est-à-dire à la circulation des produits à l'intérieur de ce Marché Commun.

— Il correspond à une ambition qu'a eu la Commission de rasséréner au maximum les praticiens et les avocats, et de dire : « *j'embrasse toutes les clauses possibles et imaginables de tels contrats et je les classe dans trois paniers* » : celui de l'article 1, celui de l'article 2 et celui de l'article 3.

L'article 3 correspond à ce que l'on peut trouver dans la jurisprudence américaine sur bien des points, comme par exemple le « *price fixing* », la limitation de quantité ou encore celle de clientèle.

Ceci étant rappelé, procédons à l'étude des douze paragraphes de l'article 3.

• Le paragraphe 1 vise la durée d'exploitation du savoir-faire communiqué. Ce paragraphe 1 de l'article 3 vient en complément du paragraphe 3 de l'article 2. On peut limiter la durée d'exploitation d'un savoir-faire à la durée du contrat et interdire l'exploitation de ce savoir-faire après la durée du contrat s'il n'est pas tombé dans le domaine public. Ici, il est dit que si un contrat dispose que le licencié est empêché de continuer à exploiter le savoir-faire concédé après l'expiration de l'accord alors qu'il est tombé dans le domaine public et autrement que par la faute du licencié, une telle clause ne permet pas d'obtenir le bénéfice du Règlement dans son ensemble.

Je ferai un seul commentaire relatif au problème de la chute du savoir-faire dans le domaine public. Il y a des éléments de savoir-faire qui sont des formules, par exemple la formule d'un alliage, une donnée précise gardée secrète. Si elle n'est plus secrète, le savoir-faire est tombé dans le domaine public. Mais le savoir-faire est généralement constitué de tout un tissu d'éléments à caractère technique et économique, et c'est tout à la fois la trame de ce tissu et l'impression que l'on a fait sur ce tissu qui au bout du compte font un savoir-faire. Dans un tel savoir-faire si complexe il est difficile de dire quelles sont les données les plus importantes et les moins importantes. Il est dès lors difficile qu'un tel savoir-faire tombe dans le domaine public dans sa totalité et un jour donné.

• Le paragraphe 2 vise la question des perfectionnements. Cette question est traitée dans l'article 3 paragraphe 8 du Règlement « licence de brevet ». Il ne faut pas obliger le licencié à céder ses perfectionnements ; il ne faut pas l'obliger à en donner une licence exclusive. Il ne faut même pas que le donneur de licence bénéficie sur les perfectionnements qu'a pu développer le licencié, de certains droits d'exploitation au-delà de la durée du contrat conclu entre ces deux parties. On retrouve la préoccupation fondamentale de la Commission que le donneur de licence n'agglomère pas à son propre savoir-faire une collection de savoir-faire développés par les licenciés, pour aller éventuellement jusqu'à les empêcher d'exploiter ou les limiter dans cette exploitation. C'est une question difficile. Il est vrai qu'un licencié peut être amené, à partir de ce qu'il a reçu comme informations, à créer des éléments technologiques tout aussi importants que ceux qu'il a reçus. Il arrive même que des licences partent d'un savoir-faire relativement modeste et que ce soit le licencié qui en donne les développements les plus importants, le contraire existant aussi. Il est difficile de fixer la limite entre les développements de l'un et les apports de l'autre.

• Le paragraphe 3 vise une de ces clauses liées que le Droit « anti-trust » ne peut pas accepter dans le cadre d'un contrat de licence.

A propos de la première ligne de ce paragraphe, dans la version anglaise, il n'est pas question de la « conclusion » de l'accord, mais de son « entrée en vigueur ». Il peut y avoir une différence entre les deux. C'est un problème de traduction.

Le donneur de licence ne peut pas obliger le licencié à accepter un « package ». La licence a pour objet des brevets, un savoir-faire ; il ne faut pas conditionner cette licence en y alliant un certain nombre de choses tels que l'achat de biens ou de services, à moins que le licencié ne l'accepte. Là aussi, les distinctions sont assez difficiles à faire en pratique.

Ce paragraphe 3 de l'article 3 correspond au paragraphe 9 de l'article 3 du Règlement « licence de brevet ».

• Le paragraphe 4 correspond à la non contestation des brevets sous licence faisant l'objet du paragraphe 1 de l'article 3 du Règlement « licence de brevet ». Le paragraphe 4 de l'article 3 de ce Règlement ajoute à la non contestation des brevets concédés en licence la non contestation du caractère secret du savoir-faire communiqué. Mais, comme en ce qui concerne les licences de brevets, lorsque le licencié conteste la validité des brevets sous licence ou le caractère secret du savoir-faire transféré, le donneur de licence a le droit de résilier le contrat.

• Le paragraphe 5 vise la question de l'assiette des redevances à payer en contrepartie de la concession de licence. Cette question est traitée dans l'article 3 paragraphe 4 du Règlement « licence de brevet ». L'assiette de la redevance ne doit pas s'étendre au-delà de ce qui résulte de la mise en œuvre du savoir-faire ou des brevets qui font l'objet de la licence. Je sais par expérience que l'on peut convenir qu'il serait plus pratique (notamment lorsque la licence ne touche qu'un sous-ensemble d'un produit commercialisé) de viser comme assiette de redevance ce qui fait l'objet d'une facturation ; si l'objet sous licence représente 1/10^e de la valeur du produit final, on peut se dire qu'on joue sur le facteur 10, on réduit par 10 le taux de redevance et on multiplie par 10 le taux de l'assiette. Mais ceci est dangereux, car si aujourd'hui le rapport est de 1 à 10, demain il peut être tout à fait différent et pourra devenir tout à fait défavorable soit au licencié soit au donneur de licence.

• Le paragraphe 6 traite de la question de la répartition du marché (comme le paragraphe 7 de l'article 3). Il est tout à fait reconnu qu'on divise les utilisations d'un brevet sous licence ou d'un savoir-faire communiqué par domaines d'application. Mais il n'est pas permis, si l'on veut bénéficier du Règlement que nous commentons, de faire de la répartition de clientèle.

• Le paragraphe 7 se soucie des limitations sur les quantités. Dans l'article 1^{er} paragraphe 1 et 8, puis dans l'article 4 du Règlement sur les licences de brevets, on voit un paragraphe 2 traitant de la question des licences demandées par un client afin qu'il bénéficie d'une seconde source d'approvisionnement. Dans un tel cas ou dans le cas où une licence est concédée au sujet d'un demi-produit, d'un composant qui chez le licencié va constituer une partie de son produit final commercialisé, sauf dans de tels cas les quantités produites par le licencié ne doivent pas être limitées.

• Le paragraphe 8 se préoccupe de la détermination du prix. Il est interdit de fixer des limitations quant à la fixation des prix, d'éléments des prix ou des remises pour les produits sous licence. On comprend très bien qu'en matière de Droit de la concurrence, la Commission

se préoccupe de ce que le contrat de licence ne constitue pas, de manière détournée, un moyen entre les mains du donneur de licence pour limiter la concurrence que peut exercer contre lui le licencié. Cette question a fait l'objet de nombreux débats. Il est certain que si, avant qu'il y ait cette relation entre donneur de licence et licencié, ce dernier exerçait — déjà — une activité dans ce domaine, il se crée alors un accord qui, pour certains, peut constituer une limitation de concurrence et, pour d'autres, constituer un développement de la concurrence puisque le licencié va pouvoir fabriquer, vendre quelque chose de plus qu'il ne pouvait faire jusqu'à présent.

● Selon le paragraphe 9, l'accord ne doit pas limiter la liberté du licencié de faire des recherches ou de nouveaux développements et, pour ma part, je n'ai là-dessus aucun commentaire à faire. Il ne doit pas limiter la production ou l'utilisation de produits concurrents par le licencié : la question est difficile, et a été considérée comme telle par la Commission. On entre dans une fin de paragraphe qui est assez contournée : « *sans préjudice de l'obligation pour le licencié d'exploiter au mieux la technologie* ». Car, effectivement, ces accords de licence comportent une clause — plus ou moins efficace —, dite de la « *meilleure exploitation possible* ». Comment le licencié peut-il s'engager à exploiter au mieux cette licence si, en même temps, il a la liberté de continuer à produire et vendre des produits concurrents ? Vient une autre possibilité pour le donneur de licence, un peu comme lorsqu'il y avait contestation de brevets ou du caractère secret du savoir-faire transféré : si les

choses se passent ainsi, le donneur de licence a le droit de mettre fin à l'exclusivité du licencié et de cesser de lui communiquer les perfectionnements.

● Le paragraphe 10 envisage d'éventuelles cascades de reconductions. Une comparaison est à faire avec le paragraphe 2 de l'article 3 du règlement « licence de brevet ». Il ne faut pas qu'un accord donné conduise, sous prétexte de perfectionnements perpétuellement renouvelés, à assujettir indéfiniment un licencié à son donneur de licence.

● Le paragraphe 11 est spécifique au présent Règlement et n'a pas son parallèle dans le règlement « licence de brevet ». L'article 1^{er} de ce Règlement a permis d'organiser tout un jeu d'exclusivités territoriales à l'intérieur du Marché Commun. Ceci a été fixé pour une durée de dix ans en ce qui concerne le savoir-faire et pour la durée des brevets en ce qui concerne les brevets. Il ne faut pas, dit le paragraphe 11, que par des voies contournées, par des accords distincts, séparés, on maintienne ces exclusivités au-delà de la durée de dix ans ou au-delà de la durée des brevets, comme ceci a été défini dans l'article 1 paragraphe 1 et paragraphe 4.

● Le paragraphe 12 est tout à fait parallèle au paragraphe 11 du Règlement « licence de brevet ». Il vise à sauvegarder les « sacro-saintes » importations parallèles.

■ C) LES CLAUSES GRISES

Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI,
Professeure à la Faculté de Droit de Lyon
Directeur honoraire de l'Institut de Droit
et d'Économie des Affaires

L'éclaircissement de la grisaille sera difficile, puisqu'à ma gauche on a déjà parlé de clauses « noires » et à ma droite des clauses « blanches ». Il me reste donc à combiner ces deux couleurs et chacun sait que blanc et noir vaut gris. En effet, cette couleur me semble correspondre bien à l'ambiance de ce texte. Il déclare à son article 2 que certaines obligations ne sont pas incompatibles avec l'exemption, à condition qu'elles n'aient pas certain contenu. Donc, les rédacteurs de ce Règlement s'expriment à la fois sous la forme positive (« on autorise ») et sous la forme négative (« on autorise à condition que... »). L'article 3 du Règlement, s'intéressant aux clauses « noires », reprend pour la plupart du temps les conditions négatives qui figuraient déjà à l'article 2. Il m'a semblé que cet aspect gris des choses était particulièrement apparent à propos de trois séries de problèmes :

- le sort des perfectionnements ;
- la chute du savoir-faire dans le domaine public ;
- les clauses dites de « non contestation ».

Je vais aborder ces trois problèmes, en essayant d'apporter des éléments dont il n'a pas encore été question, en essayant d'y apporter mon propre point de vue.

1° LE SORT DES PERFECTIONNEMENTS

L'article 2 paragraphe 1.4 prévoit que ne sont pas généralement restrictives de concurrence *les obligations pour le licencié de communiquer au donneur de licence l'expérience qu'il a acquise en exploitant la technologie concédée et de lui accorder une licence non exclusive...* » Il

n'est donc pas incompatible avec le Règlement d'imposer au licencié l'obligation de communiquer à son concédant les perfectionnements qu'il aurait réalisés à propos du savoir-faire ni de lui imposer l'obligation d'en donner au concédant une licence non exclusive. Deux séries de conditions sont très longuement énoncées. Il semble qu'à l'analyse de ces deux conditions on distingue deux situations.

Première situation : les perfectionnements réalisés par le licencié sont dissociables du savoir-faire initialement concédé.

Le licencié a exploité le savoir-faire sur la base duquel il a réalisé certains perfectionnements qui en sont techniquement dissociables (on peut les exploiter en tant que tels).

Deuxième situation : les perfectionnements réalisés par le licencié ne sont pas dissociables du savoir-faire initial.

Ces perfectionnements ne peuvent être exploités qu'en même temps que le savoir-faire initial auquel ils s'intègrent.

Je crois que chacune des hypothèses envisagées par l'article 2 paragraphe 4 correspond à ces deux situations techniquement différentes.

Première situation : les perfectionnements réalisés par le licencié sont techniquement dissociables du savoir-faire initial.

Comment est réglé le sort de pareils perfectionnements ? Le licencié peut être obligé par contrat à communiquer ses perfectionnements, et à en donner une licence non exclusive au concédant. Il faut toutefois qu'il puisse rester maître de ses perfectionnements. Ceci paraît normal parce qu'ils sont dissociables ; il doit pouvoir les utiliser lui-même indépendamment du concédant. Le licencié peut donc être obligé de donner une licence non exclusive à son concédant, mais tout en étant autorisé à utiliser lui-même librement ses propres perfectionnements et à en donner licence à des tiers, (dès lors que pareille concession n'a pas pour effet de divulguer le savoir-faire initial).

Dans cet ordre d'idées, on permet également au concédant de se réserver le droit d'agréer la personne à qui ces perfectionnements seront concédés par le licencié. L'autorisation préalable du concédant peut être prévue par le contrat, mais le refus d'agrément ne peut être basé que sur des raisons objectives (divulgaration du savoir-faire).

Voilà donc la situation dans le cas où les perfectionnements réalisés par le licencié seraient dissociables du savoir-faire initial. Je crois que le principal souci, ici, est de permettre au licencié de rester maître de ses perfectionnements, d'en faire ce qu'il veut avec la limite de ne pas réaliser la divulgation du savoir-faire initial. Le règlement tente ainsi de concilier les intérêts des parties.

Deuxième situation : les perfectionnements réalisés par le licencié ne sont pas techniquement dissociables du savoir-faire initial.

Le licencié peut être obligé par contrat de communiquer de tels perfectionnements au donneur de licence et de lui en donner licence exclusive. Mais cette fois-ci, on se préoccupe d'assurer la réciprocité des informations et de l'utilisation. En échange de sa communication, le licencié doit bénéficier de la communication des perfectionnements réciproques réalisés par son concédant. Le contrat doit prévoir que le concédant communique des perfectionnements que lui-même aurait réalisés.

— Dans le même but d'assurer la réciprocité des obligations et des avantages, il faut, en pareil cas, que le concédant cesse d'utiliser les perfectionnements du licencié à la date à laquelle ce dernier cesse d'utiliser le savoir-faire initial. Le licencié bénéficie contractuellement d'une certaine durée d'utilisation du savoir-faire (par

exemple cinq ans), au terme de laquelle il s'engage à cesser d'utiliser le savoir-faire initial. Il faut qu'à cette même date son concédant s'engage à cesser d'utiliser les perfectionnements réalisés par son licencié et qui s'intégreraient dans le savoir-faire initial.

On retrouve les mêmes préoccupations majeures dans l'article 3 paragraphe 2 qui traite des clauses « noires », c'est-à-dire celles qui ne peuvent pas être globalement exemptées. Le licencié ne peut pas être obligé « de céder au donneur de licence tout ou partie de ses droits sur les perfectionnements ou les nouvelles applications de la technologie concédée » (art. 3 § 2.a). Pourquoi ne veut-on pas que le licencié cède ses droits sur le perfectionnement ? Parce qu'ainsi il perdrait, sauf clause contraire, la possibilité d'utiliser ses propres perfectionnements.

L'article 3 paragraphe 2-a et b distingue à nouveau les deux cas précédemment rencontrés, à savoir, celui où le perfectionnement est dissociable du savoir-faire initial et celui où le perfectionnement n'est pas dissociable de ce savoir-faire.

On y rencontre les mêmes dispositions qu'au niveau de l'article 2 (précédemment indiquées) ; le licencié doit rester maître de ses perfectionnements lorsque ceux-ci sont dissociables du savoir-faire initial ; lorsqu'ils ne sont pas dissociables, il doit pouvoir bénéficier des perfectionnements de son cocontractant et ce dernier peut utiliser les perfectionnements pendant une durée plus longue que le contrat initial.

Il faut maintenant tenir compte de l'article 3. Il s'agit ici d'un problème de durée du contrat, mais qui, en fait, est lié au problème des perfectionnements. Le contrat ne peut être exempté (en tout cas l'obligation ne peut être exemptée) si la durée initiale de l'accord de licence est automatiquement prorogée par l'inclusion d'un nouveau perfectionnement communiqué par le donneur de licence, sauf si le licencié a le droit de refuser ces perfectionnements, ou si chaque partie peut résilier l'accord à l'issue de la période initiale. Cette règle existe aussi dans le règlement d'exemption des licences de brevets et dans la jurisprudence communautaire (cette dernière précisant que la durée du contrat de licence de brevet doit correspondre à l'expiration du dernier brevet qui existait à la date de conclusion du contrat) (décis. 2 déc. 1975, J.O.C.E. n° L 6 du 13 janvier 1976). On veut éviter ainsi que le licencié soit lié à perpétuité ou presque à son donneur de licence qui, automatiquement, incluerait dans le contrat de nouveaux perfectionnements. Tels sont donc, les problèmes posés par les clauses de relatives aux perfectionnements. L'exemption existe, mais elle est nuancée, soumise à des conditions, ce qui fait qu'au total, ce sont des clauses « grises ».

2° LE PROBLÈME DE LA CHUTE DU SAVOIR-FAIRE DANS LE DOMAINE PUBLIC

Il convient de déterminer le moment auquel le savoir faire tombe dans le domaine public, ainsi que les conséquences de sa chute sur le sort des obligations exemptées par le Règlement.

La réponse à la première question n'est pas simple et en tout cas n'est pas expressément traitée par le Règlement. On peut logiquement considérer que le savoir-faire tombe dans le domaine public lorsqu'il perd sa valeur économique. Or, cette valeur est liée à la définition même du savoir-faire, qui se caractérise par son caractère secret et substantiel (art. 1 & 7-3), la perte du secret résultera de la divulgation du savoir-faire. Il est plus difficile de définir la perte du caractère substantiel. Le caractère substantiel inclut, à son tour, l'utilité du savoir-faire (ibidem). Selon le Règlement, le savoir-faire utile est celui dont on peut raisonnablement s'attendre, à la date de conclusion du contrat, à ce qu'il soit de nature à améliorer

la compétitivité du licencié. Il ne s'agit pas de l'utilité au sens du droit des brevets, qui exige parfois l'utilité de l'invention au regard du progrès technique, mais d'une utilité plus limitée, appréciée au regard de la situation du licencié. On pourrait donc considérer que le savoir-faire tombe dans le domaine public non seulement lorsque son secret est divulgué, mais encore lorsqu'il perd son utilité pour le licencié. Cette opinion est confortée à la lecture de l'art. 7 du Règlement, permettant à la Commission de « retirer le bénéfice du présent règlement » — donc de l'exemption globale — si elle constate que dans un cas déterminé un accord exempté produit cependant certains effets incompatibles avec l'art. 85 & 3 du traité de Rome. Or, le paragraphe 7 de l'art. 7 prévoit que le retrait de l'exemption est possible lorsque « la période pendant laquelle le licencié est obligé de continuer à payer des redevances après que le savoir-faire est tombé dans le domaine public par le fait des tiers... est sensiblement plus longue que l'avance procurée sur le plan de la production et de la commercialisation et que cette obligation est préjudiciable à la concurrence sur le marché ».

Cette notion me semble être empruntée au droit américain, où la valeur du savoir-faire en tant qu'objet d'un contrat (et cause de l'obligation au paiement des redevances) est définie par son caractère secret et son utilité, entendue au sens d'avance que le savoir-faire confère au licencié par rapport à ses concurrents.

L'art. 2 & 1-7 et l'art. 3-1 traitent des conséquences de la chute du savoir-faire dans le domaine public. Deux séries de problèmes sont envisagés : l'obligation pour le licencié de ne pas exploiter le savoir-faire après sa chute dans le domaine public et l'obligation de payer des redevances après cette date.

a) Sort de l'obligation de non-exploitation

Le licencié peut être tenu de ne pas exploiter le savoir-faire même après l'expiration de la licence, tant que ce savoir-faire reste secret (art. 2 & 1-3). L'obligation de non-exploitation ne peut être maintenue après la chute dans le domaine public que si celle-ci est due au fait du licencié (art. 3-1).

b) Sort de l'obligation au paiement de redevances

Lorsque le savoir-faire tombe dans le domaine public avant la fin du contrat de licence, le licencié doit-il continuer à verser les redevances ? La réponse dépend de l'origine de la chute.

Si la chute dans le domaine public est due au fait du concédant, le licencié cesse alors de devoir payer les redevances jusqu'à la fin du contrat.

Si la divulgation intervient en dehors du concédant, il convient de distinguer selon qu'elle est ou non due au fait du licencié. Lorsque c'est le licencié qui, en violation de l'accord, a provoqué la chute dans le domaine public, il peut être tenu de continuer à payer les redevances prévues, sans préjudice des dommages-intérêts qu'il pourrait devoir au concédant. Lorsque, en revanche, la divulgation est due du fait de tiers, l'obligation au paiement de redevances n'est pas « généralement restrictive de concurrence » — et l'exemption peut donc être accordée —, sauf à appliquer la restriction prévue à l'art. 7 du Règlement, aux termes duquel la Commission peut retirer le bénéfice de l'exemption, notamment si la durée de

l'obligation au paiement de redevances après la chute du savoir-faire dans le domaine public paraît « excessive » (voir *supra*, B).

3° LES CLAUSES DE NON-CONTESTATION

La licence ne peut bénéficier de l'exemption globale si elle interdit au licencié de contester la validité des brevets concédés, ou le caractère secret du savoir-faire, que ceux-ci appartiennent au concédant ou à des entreprises qui lui sont liées (art. 3 & 4. Cette règle est également rappelée à l'article 2 & 1-6). Pareille obligation constitue, en effet, une restriction à la concurrence excédant l'objet spécifique du brevet et à ce titre déjà prohibée par la jurisprudence antérieure de la Commission (décisions Davidson Rubber Co., et Raymond-Nagoya du 9 juin 1972, J.O.C.E. nr. L. 143 du 23 juin 1972 ; — décision A.O.I.P.-Beyrard du 2 déc. 1975, J.O.C.E. nr. L. 6 du 13 janv. 1976 ; — décision Kabelmetal-Luchaire du 18 juill. 1975, J.O.C.E., nr. L. 222 du 22 août 1975).

Le licencié ne peut, cependant, contester le caractère secret du savoir-faire, s'il a contribué lui-même à sa divulgation (art. 2, § 1-6). Cette disposition, destinée, semble-t-il, à « sanctionner » la divulgation du secret par le licencié, me paraît reposer sur un non-sens juridique. En effet, la divulgation du secret par le licencié n'est concevable qu'après la conclusion du contrat : jusqu'à la date de la conclusion, le licencié ignore le secret, puisqu'il accepte de rémunérer sa communication. Cette observation est importante du point de vue de la théorie générale des contrats. Sur le plan juridique, le secret exprime la valeur économique du savoir-faire et constitue donc l'objet du contrat de licence. Or, l'existence de l'objet, comme celle de toutes les autres conditions de validité, s'apprécie à la date de la conclusion du contrat ; peu importe que l'objet disparaisse ultérieurement. Dès lors, par conséquent, que le savoir-faire était secret à la date du contrat, celui-ci est valable ; la divulgation ultérieure provoque la chute du savoir-faire dans le domaine public, mais n'entraîne pas pour autant le nullité du contrat. Par conséquent, ou bien le savoir-faire était déjà divulgué à la date du contrat, auquel cas celui-ci est affecté d'une nullité absolue que tout intéressé — y compris le licencié — doit pouvoir invoquer, ou bien le savoir-faire a été divulgué postérieurement à la date du contrat et cette divulgation n'a aucune incidence sur sa validité, quelle que soit son origine. Il est donc inutile de « sanctionner » la divulgation par le licencié en lui interdisant de contester la validité du contrat, car pareille divulgation n'affecte pas la validité, étant donné qu'elle est nécessairement postérieure à la conclusion. Une sanction efficace du point de vue économique et correcte du point de vue juridique consiste dans l'obligation pour le licencié de continuer à payer les redevances même après la chute du savoir-faire dans le domaine public, lorsqu'il est lui-même à l'origine de la divulgation (art. 2 & 1-7).

On peut, enfin, observer que l'art. 3 & 4 semble permettre au concédant de résilier le contrat, en cas de contestation de la validité des brevets ou du caractère secret du savoir-faire par le licencié. Si telle était la signification de ce texte, il conduirait à reprendre d'une main ce que l'on donne de l'autre au licencié en interdisant les clauses de non-contestation.

Telles sont les difficultés que j'entrevois à la première lecture du Règlement, qui en recèle sans doute bien d'autres, que la jurisprudence communautaire sera appelée à résoudre.

LA FRANCHISE INDUSTRIELLE

D. FERRIER,
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

La franchise industrielle ou « de production » a vu son existence affirmée par la Cour de justice des Communautés européennes conduite à élaborer une typologie des accords de franchise en considérant qu'« *il faut distinguer différentes espèces de contrat de franchise et notamment les contrats de franchise de service en vertu desquels le franchisé offre un service sous l'enseigne, le nom commercial voire la marque du franchiseur et en se conformant aux directives de ce dernier ; les contrats de franchise de production en vertu desquels le franchisé fabrique lui-même selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci ; et enfin les contrats de franchise de distribution en vertu desquels le franchisé se borne à vendre certains produits dans un magasin qui porte l'enseigne du franchiseur* » (arrêt Pronuptia 28 janvier 1986 attendu n° 13, G.P. 1986, 1, 198).

La franchise industrielle ainsi définie se trouve curieusement exclue du mouvement réglementaire qui vient d'atteindre les accords de franchise et les accords de licence de savoir-faire, alors qu'il paraissait difficile de ne pas l'imaginer directement concernée par ces deux Règlements communautaires.

Le Règlement Communautaire concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité de Rome à des catégories d'accord de franchise précise que :

« *La franchise industrielle concerne la fabrication de produits* » (considérant n° 3)...

ajoutant :

« *Les accords de franchise industrielle ne doivent pas être couverts par le présent règlement ; de tels accords qui régissent habituellement des relations entre producteurs présentent des caractéristiques différentes des autres types de franchise : ils consistent en des licences de production fondées sur des brevets et/ou du savoir-faire technique, combinées avec des licences de marque* (considérant n° 4, rapp. art. 1.h).

Si le Règlement Communautaire en matière de franchise ne concerne donc que les franchises de distribution (relevant de cette catégorie l'accord par lequel le franchisé fabrique un produit mais pour l'adapter à un besoin spécifique du consommateur et non de manière industrielle, considérant n° 5), les accords de franchise industrielle peuvent cependant « *bénéficier d'autres exemptions par catégorie s'ils remplissent les conditions nécessaires* » (considérant n° 4).

Semble visé, ici, au premier chef, le Règlement Communautaire relatif aux accords de licence de savoir-faire. Mais il se trouve précisé dans ce deuxième Règlement que « *sont exclus du champ d'application du règlement les accords relatifs à la communication d'un savoir-faire commercial dans le cadre de contrats de franchise* » (considérant n° 5).

Or, les contrats de franchise industrielle comportent généralement les deux aspects de production et de distribution ; le franchisé ne se contente pas de fabriquer les produits en cause, selon les instructions du franchiseur, mais réalise également la commercialisation de ces produits auprès des utilisateurs finals. Les opérations de franchise industrielle traditionnellement évoquées : Coca Cola, Yoplait, P.P.B. Saret, Maisons Sonkad... combinent l'activité de production et l'activité de distribution. Ainsi, la franchise industrielle dans sa forme classique se

trouve-t-elle également écartée du bénéfice du Règlement d'exemption par catégorie d'accords de licence de savoir-faire.

On est naturellement conduit à s'interroger sur le fondement de cette double exclusion (I) pour tenter de cerner le régime applicable à la franchise industrielle (II).

I. — LE FONDEMENT DE L'EXCLUSION

L'exclusion du Règlement concernant les accords de franchise semble s'expliquer par l'historique de son élaboration. La Commission a été saisie de multiples demandes concernant la validité des contrats de franchise de distribution de produits (cf. *supra*) qui l'ont conduite à arrêter plusieurs décisions favorables à ce type de contrat (cf. *supra*) puis « *sur la base de cette expérience* » (considérant n° 4) à « *préciser les conditions qui doivent être satisfaites pour qu'une exemption s'applique* » (considérant n° 12). N'ayant eu aucune sollicitation, et donc aucune expérience, en matière de franchise industrielle, la Commission a estimé préférable de ne pas l'inclure dans son analyse.

L'exclusion du Règlement concernant les accords de licence de savoir-faire semble, elle, s'expliquer par le souci d'éliminer toute opération de distribution de son champ d'application.

Cette double exclusion apparaît cependant peu évidente compte-tenu des similitudes existant entre les accords de licence de savoir-faire et les accords de franchise, qu'elle soit ou non industrielle, car ces deux catégories d'accords se fondent sur l'idée de répétition (A) et, par là, d'essaimage (B).

A. LA RÉPÉTITION

Qu'il s'agisse d'un accord de franchise ou d'un accord de licence de savoir-faire ou de brevet, il y a volonté de la part du franchiseur ou du donneur de licence de permettre à un partenaire, franchisé ou licencié, d'utiliser les informations techniques qui lui sont transmises. Dans les deux cas, il y a transmission, communication de savoir-faire ou, de manière large, de procédés industriels techniques en vue de leur utilisation. Les Règlements en matière d'accord de franchise et de savoir-faire se rejoignent sur la définition du savoir-faire, sur ses caractéristiques (identifié, substantiel, secret : Règlement en matière de franchise, art. 1.3 ; Règlement en matière de licence de savoir-faire, art. 1.2.7) et sur les conditions de sa mise en œuvre. Il est nécessaire que le franchisé ou le licencié assure une répétition correcte du savoir-faire transmis. Cela se traduira par diverses obligations à la charge du franchisé ou du licencié.

— Obligation d'exploiter le savoir-faire ; en l'absence de stipulation précise, une telle obligation sera liée dans le contrat de licence à l'indication d'un prix proportionnel (J.-M. Mousseron « *Technique contractuelle* » éd. Lefebvre 1988, n° 989), et dans le contrat de franchise à l'existence même d'une opération de franchise qui impose toujours la répétition diligente des méthodes commerciales et du savoir-faire du franchiseur.

— Obligation de respecter les normes d'exploitation fournies par le franchiseur ou le donneur de licence.

— Obligation d'accepter et de faciliter les contrôles exercés par le franchiseur ou le donneur de licence.

L'examen des accords de franchise industrielle et de licence de savoir-faire, ainsi que des Règlements concernant les accords de franchise et les accords de licence de savoir-faire, traduit bien l'identité existant au regard de cette volonté de réitérer qui n'emporte cependant pas la même conception de l'essaimage.

B. L'ESSAIMAGE

La réitération implique nécessairement une répétition localisée dans l'espace qui va pouvoir entraîner par essaimage de l'entreprise initiale un véritable quadrillage territorial.

Le donneur de licence va permettre à des licenciés de répéter l'expérience industrielle qu'il a acquise en les autorisant à utiliser son savoir-faire, chacun dans un territoire déterminé. Toutefois, la volonté d'essaimage est le plus souvent absente de la licence de savoir-faire ou de brevet et, même lorsqu'elle existe, emporte un maillage moins serré géographiquement et techniquement. De plus, une fois le contrat de licence conclu, le donneur de licence se désintéressera fréquemment de la manière dont le licencié développera l'activité de production sous licence ; en particulier, lorsque la redevance est forfaitaire, les résultats d'activité du licencié n'intéressent pas le donneur de licence.

Le franchiseur qui a connu une réussite commerciale va transmettre le savoir-faire correspondant, à des franchisés pour obtenir un « effet de réseau » avec un développement maximal de l'activité sous la marque commune dans un territoire aussi vaste que possible ; le franchiseur va essayer d'obtenir une couverture totale du territoire par la multiplication de franchisés qui créera l'effet de synergie recherché. Chaque franchisé doit contribuer non seulement à la réputation de la marque mais à son essor qu'il doit rechercher et qui doit lui permettre, en principe, connaître une réussite commerciale.

Surtout, la volonté d'essaimer les entreprises franchisées ou licenciées s'inscrit dans un cadre fondamentalement différent, selon son objet.

Lorsqu'un franchiseur met en place une franchise de distribution, il va, en opérant une partition territoriale par essaimage de franchisés, cloisonner le marché des produits ou services en cause. Chaque franchisé va, en effet, bénéficier d'une exclusivité territoriale dans un secteur géographique où aucun autre franchisé ne pourra être désigné. C'est dire que le franchiseur va contrarier le principe de liberté d'établissement des distributeurs, selon lequel n'importe quel intervenant doit pouvoir à n'importe quel moment, s'installer n'importe où, pour développer toute activité de distribution ; contrariété illustrée notamment par les effets cumulatifs de réseau (D. Achach « Franchise de Règlements d'exemption », Cah. Dr. Ent. 1987-2 ; Règlement sur les accords de franchise art. 8-a). La franchise emporte à travers ses clauses d'exclusivité, de réservation de savoir-faire, de non concurrence... une restriction à la concurrence sur le marché qui ne pourra donc être admise que sous les conditions édictées par le Règlement Communautaire ou au terme d'un bilan économique.

En revanche, lorsqu'un donneur de licence de savoir-faire concède son savoir-faire à un licencié, il libère la concurrence jusque là affectée par le jeu de la réservation de la connaissance. Les clauses de secret en matière de savoir-faire, les mécanismes d'appropriation en matière de propriété intellectuelle ou industrielle ont pour objet d'assurer des situations de monopole, ou tout au moins de réaliser des cloisonnements de marché en empêchant

d'autres entreprises d'accéder au marché concerné par la connaissance protégée. Toute licence accordée à un nouvel intervenant va dans le sens de la libération du marché, et lorsque se trouve mise en place une opération de franchise industrielle fondée sur une volonté d'essai-mage systématique, qui va permettre de faire apparaître sur le marché non pas un licencié ou quelques licenciés mais le plus grand nombre possible de franchisés industriels, on comprend que cette opération échappe au régime contraignant de la franchise de distribution pour accéder au régime plus souple des licences de savoir-faire ou de brevet.

Ainsi, c'est par un apparent paradoxe que la franchise industrielle trouve dans sa ressemblance à la franchise le fondement de son exclusion du Règlement relatif aux accords de franchise, sans obtenir automatiquement, de ce fait, le bénéfice du Règlement relatif aux accords de licence.

II. — LE RÉGIME D'EXEMPTION

La question du régime d'exemption applicable à la franchise industrielle est considéré ici au regard des règles communautaires de Droit de la Concurrence et non des règles internes de Droit de la concurrence ou de Droit des obligations.

La franchise industrielle entendue strictement, c'est-à-dire comme opération simple de franchise de production, à l'exclusion de toute commercialisation des produits auprès d'utilisateurs finals, doit être traitée, comme on l'a vu, avec faveur puisqu'elle apparaît comme un mode de libération des forces du marché. Mais, le plus souvent, la franchise industrielle est une opération complexe qui associe l'opération de production à l'opération de distribution et appelle donc un traitement nuancé.

On considèrera donc le régime de la franchise industrielle simple (A) avant d'examiner celui de la franchise industrielle complexe (B).

A. LA FRANCHISE INDUSTRIELLE SIMPLE

La franchise industrielle simple, conçue comme une franchise de production sans prolongement dans la distribution, comporte donc une licence de savoir-faire ou de brevet éventuellement couplée avec une licence de marque, susceptible de bénéficier des règlements d'exemption par catégorie concernant ce type d'accord (a) ou d'une exemption individuelle (b).

a) L'exemption par catégorie

Les conditions de validité prévues par les Règlements n° 2349 en matière de brevet et n° 2349-84 celui en matière de savoir-faire, sont adaptées aux accords de franchise industrielle conférant au franchisé droit d'utilisation d'un savoir-faire ou d'un brevet. On a même vu que ce type d'accords par l'essaimage qu'il recherchait et le quadrillage territorial systématique qu'il réalisait devait être considéré comme moins anticoncurrentiel que celui des accords de licence de brevet ou de savoir-faire stricto sensu.

Il est donc légitime de faire bénéficier la franchise de production des Règlements d'exemption par catégorie dès lors qu'elle n'emporte pas de contraintes, sous forme de restrictions de concurrence, allant au-delà des tolérances prévues à ces Règlements.

b) L'exemption individuelle

Les accords de franchise industrielle peuvent comporter des clauses particulières excédant les stipulations de nature à affecter la concurrence, admises par les Règle-

ments d'exemption par catégorie qui leur sont applicables. Ce sera fréquemment le cas du fait des engagements nécessités par un développement harmonieux de la franchise et non directement liés à la protection du savoir-faire ou à sa stricte réitération : engagement de non concurrence entre membres du réseau, engagement de respect d'une image commune, etc... Le bénéfice des Règlements en matière de brevet ou de savoir-faire pourrait alors être retiré à cause de l'effet anticoncurrentiel excessif de ces clauses (l'article 7 du Règlement concernant les accords de licence de savoir-faire prévoit d'ailleurs que le bénéfice du règlement peut être retiré si un accord exempté « a cependant certains effets incompatibles avec les conditions énoncées à l'article 85 § 3 du Traité... »). Le franchiseur aura cependant la possibilité de notifier son accord pour demander, sur le fondement de l'article 85 paragraphe 3 du Traité de Rome, une exemption individuelle qui sera éventuellement accordée après appréciation du bilan économique de l'opération.

B. LA FRANCHISE INDUSTRIELLE COMPLEXE

Lorsque l'opération de franchise industrielle recouvre une activité de production et une activité de distribution auprès des utilisateurs finals, les parties auront le choix entre scinder les deux activités (a) ou les globaliser (b).

a) La scission des activités

Le Règlement sur la franchise exclut de son bénéfice les accords de franchise industrielle, le Règlement sur le savoir-faire exclut les accords de franchise de distribution, il n'y a donc au regard de ces régimes d'exemption par catégorie aucune attraction possible de la composante production sur la composante distribution ou, inversement, de la composante distribution sur la composante production.

Une solution pourra être trouvée dans la séparation des deux activités. L'opération couverte par la franchise de production serait soumise aux exigences du Règlement concernant les accords de brevet ou les accords

de savoir-faire, l'opération couverte par la franchise de distribution serait, elle, soumise aux exigences du Règlement concernant les accords de franchise de distribution.

La difficulté sera bien sûr d'assurer la compatibilité entre les deux conventions, d'abord en évitant toute contradiction entre les exigences tenant à l'activité de production et celles liées à l'activité de distribution (exclusivité, non concurrence...), ensuite en opérant une séparation très nette entre les deux types d'accords et les rapports d'obligations engendrés par chacun, quitte à créer deux entités juridiques franchisées, une société franchisée pour la production, une autre société franchisée pour la distribution, ou à mettre en corrélation une entreprise franchisée pour la production et un ensemble d'entreprises franchisées pour la distribution des produits.

b) La globalisation des activités

Les activités de production et de distribution peuvent se révéler trop imbriquées pour être distinguées de manière correcte ou juridiquement pertinente (les juges et la Commission conservant leur pouvoir de qualification pour adopter une vision totalisante de ces opérations).

Le franchiseur aura alors intérêt à ne pas rechercher la synthèse dans une juxtaposition portant des germes d'incohérence interne ou prêtant à remise en cause, mais à considérer les deux opérations comme un ensemble homogène pouvant prétendre bénéficier d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 85 paragraphe 3 du Traité de Rome.

L'accord de franchise industrielle, au sens large du terme, devra alors être notifié à cette fin ; il pourra utilement profiter, grâce à son caractère industriel, de la souplesse des exigences tenant aux accords de licence de brevet ou de savoir-faire, sans souffrir de la relative rigueur des conditions mises à l'exemption des accords de franchise de distribution dès lors que cette seconde activité sera présentée comme un aboutissement de la première.

RAPPORT GÉNÉRAL DE SYNTHÈSE

G. BONET,
Professeur à l'Université de Droit, d'Économie
et de Sciences sociales de Paris
(Paris 2 Panthéon-Assas)

On peut concevoir au moins deux sortes de synthèses : celle qui reprend en substance tout ce qui a été exposé au cours du colloque, et puis celle qui, en guise de conclusion, expose les réflexions de portée générale que le colloque a inspirées au rapporteur de synthèse. Cette dernière sorte de synthèse dure moins longtemps. C'est la formule que les organisateurs de ces journées ont choisie pour vous. Que les rapporteurs me pardonnent donc de ne pas les citer tous, malgré la qualité de l'apport de chacun.

On m'a intimé d'énoncer quelques réflexions profondes. N'est évidemment pas profond qui veut et mes observations — qui seront parfois des interrogations — s'efforceront d'être logiques à défaut d'être profondes. Elles n'entendent pas réfléter un esprit chagrin, mais elles s'attachent naturellement aux zones d'ombre et aux constantes.

Il importe, je crois, de rappeler la genèse de la situation actuelle pour bien apprécier d'où l'on vient et où l'on est, à défaut de pouvoir dire précisément où l'on va.

Comme chacun sait, c'est le libéralisme économique qui a inspiré le Traité de Rome. Le paradoxe du libéralisme est qu'il porte en lui le germe de sa destruction : si on n'impose aucune limite à la liberté des entreprises, elles finissent par constituer des ententes, à abuser de positions dominantes et, peu à peu, la libre concurrence disparaît. Ce risque justifie la présence dans le Traité de dispositions telles que les articles 85 et 86, qui sont obligatoires dans tous les États de la C.E.E.

Dès 1962, la Commission des Communautés a reçu des pouvoirs importants pour mettre en œuvre ces dispositions en application du règlement 17-62 du Conseil. En particulier, la Commission a reçu compétence exclusive pour exempter les entreprises de l'application de l'arti-

cle 85, paragraphe 1 lorsque leur entente paraît finalement conforme à l'intérêt général compte-tenu des circonstances, surtout de circonstances économiques évolutives. Cette exemption est fondée sur les dispositions de l'article 85 paragraphe 3, qui la subordonnent à la réunion de deux conditions positives et de deux conditions négatives. L'application de l'article 85 paragraphe 3, requiert de la Commission une analyse économique approfondie dans chaque cas.

Le résultat était inévitable en raison du nombre des demandes, la Commission risquait d'être débordée et surtout le système a suscité une casuistique subtile.

L'évolution des conditions économiques a rendu les solutions assez imprévisibles, pour la plus grande inquiétude des entreprises.

La Commission s'est bien efforcée d'énoncer une sorte de règle du jeu dans diverses communications, dont certaines ont été très critiquées. Mais ce remède était pire que le mal dans la mesure où ces communications constituaient de simples informations n'engageant personne, et surtout pas la Commission, en dépit du principe de confiance légitime. Ainsi, la communication du 24 décembre 1962 écartait l'application de l'article 85 paragraphe 1, à des clauses de licences de brevet que la Commission a condamnées ensuite sur le fondement de cette disposition : par exemple, la clause limitant la fabrication du produit breveté ou le nombre des actes d'exploitation, de même certaines stipulations d'exclusivité qui n'ont cessé d'être litigieuses par la suite.

En bref, l'insécurité juridique était excessive dans des domaines où les entreprises ont besoin d'établir des plans à moyen et long terme, où le contrat est tout particulièrement l'instrument de prévision économique que l'on sait. M. de Haas l'a bien dit ce matin.

Le remède choisi a été l'exemption par catégorie d'accords conclus entre deux entreprises, stipulant des engagements exclusifs d'achats ou de vente, ou bien intéressant la propriété industrielle ou le savoir-faire. C'est l'objet du règlement 19-65 du Conseil.

Le système est théoriquement simple : à partir de l'expérience résultant des cas individuels réglés par la Commission, celle-ci considère *a priori*, présume, que les diverses conditions d'exemption requises par l'article 85, paragraphe 1 sont réunies dans certains contrats comportant certaines clauses. Ces accords échappent donc aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, sous les mêmes conditions que les accords exemptés individuellement, mais en l'absence de tout examen individuel.

Tout cela est exposé dans un règlement de la Commission pour des catégories d'accords admises par le règlement 19-65. Ainsi, les entreprises jouissent-elles en principe d'une parfaite sécurité juridique puisqu'il leur suffit de lire le règlement qui les intéresse pour savoir ce qui est possible et ce qui ne l'est pas. M. Guttuso a insisté sur la nécessité de cette sécurité juridique. D'autre part, le rôle de la Commission se trouve considérablement allégé dans tous les domaines où existe un règlement de ce genre.

La mise en œuvre du système a été assez lente. Après le règlement 67-67 sur les achats et les ventes, il a fallu attendre les années 80 pour que le mouvement s'accélére : de juin 1983 à février 1985, six règlements ont été adoptés sur la distribution, les licences de brevets, les accords de spécialisation, la recherche-développement. Aujourd'hui sont publiés un règlement d'exemption sur les accords de franchise, un autre sur les accords de savoir-faire, qui intéressent des stipulations relatives à des droits de propriété industrielle ou ce qu'on pourrait appeler des « droits voisins ».

Le travail accompli est considérable, il faut en rendre hommage à la Commission, d'autant plus que le fondement juridique de son intervention — le règlement 19-65 du Conseil — est finalement très étroit.

Tous ces textes communautaires doivent s'appliquer en France dans les domaines concernés. Tous ont leur utilité. On aurait pu se demander, à première vue, si le règlement savoir-faire présentait une spécificité suffisante par rapport au règlement licences de brevets pour être justifié. Mais ce règlement savoir-faire comporte des dispositions originales, qui tiennent au fait que la communication porte sur une technique secrète, évolutive (P^r Mousseron) et non sur une technique publiée, figée, fortement protégée mais sur un territoire limité, ce qui change beaucoup de choses, comme le montre bien la décision Boussois du 15 décembre 1986 dont le P^r Blaise a parlé. M. de Haas a insisté sur la spécificité de ce savoir-faire.

Voilà la situation à laquelle on est arrivé. Le rappel qui vient d'être fait n'est pas inutile pour apprécier la portée des observations qui vont suivre. Ces observations sont au nombre de trois : elle concernent des questions de forme (I), une appréciation sur la *sécurité juridique* (II), et enfin divers problèmes de *frontières* (III).

— I —

DES OBSERVATIONS CONCERNANT LA FORME, POUR COMMENCER, IL Y EN A DEUX :

La première est une simple remarque pour constater que ces divers règlements se présentent tous à peu près de la même façon, pour l'essentiel. Ils débutent par un long exposé des motifs qui exprime la philosophie du système, la justification de l'exemption en tenant compte des quatre conditions de l'article 85, paragraphe 3, présumées réunies, la présentation enfin des principales dispositions. L'importance de cet exposé des motifs est considérable, excessive même. Le P^r Goldman l'a souligné à juste titre dans le rapport sur le règlement licences de brevets qu'il a présenté au colloque que l'I.R.P.I. a consacré à ce texte. Il a remarqué que certains considérants « ...expriment, en réalité, des solutions dont la place est dans le corps même du texte... » (Les licences de brevet et le droit communautaire., Litec, Collect. Le Droit des affaires, propriété intellectuelle, vol. 4, p. 10, n° 13). Certains points essentiels sont abordés ainsi à la fois dans l'exposé des motifs et dans le texte. Il n'y a jamais contradiction entre les deux, mais l'interprétation s'en trouve compliquée. Maître Jeantet est vigoureusement intervenu contre cette habitude rédactionnelle de la Commission.

Après l'exposé des motifs, les accords qui entrent dans le domaine du règlement sont définis. Les règlements franchise et savoir-faire manifestent à cet égard un soin tout particulier qui s'explique par la multiplication des risques d'interférence au fur et à mesure de la multiplication des règlements. Nous y reviendrons.

Après quoi sont décrites les clauses restrictives de concurrence qui sont présentées par les commentateurs sous des couleurs diverses.

— Il s'agit tout d'abord, le plus souvent, de toutes les clauses stipulant l'exclusivité. L'article 85, paragraphe 1, est susceptible de leur être appliqué dans le cadre du règlement, mais la grâce les touche parce que les conditions de l'article 85, paragraphe 3 sont présumées réunies.

— Puis viennent les clauses considérées comme « généralement non restrictives de concurrence », auxquelles l'article 85 ne s'applique pas, mais que l'on préfère exempter également pour le cas où, en raison des circonstances économiques ou juridiques, elles se révéleraient à l'usage contraires aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1. Cette précaution en dit long sur l'inévitable primat de l'économie et sur l'artifice nécessaire pour en préserver le contrat lorsque c'est indispensable.

— Suit l'énoncé des clauses interdites, parfois de façon conditionnelle seulement.

— Enfin, le plus souvent — sauf dans les règlements sur les accords de distribution et d'achats exclusifs — le texte établit une procédure d'exemption individuelle simplifiée pour les clauses imprévues, qui n'entrent dans aucune des catégories précédentes. Les accords stipulant de telles clauses doivent être notifiés à la Commission ; l'exemption intervient sauf opposition de la Commission dans un délai qui est de trois ou six mois à dater de la notification, soit *proprio motu*, soit à la demande d'un Etat. Cette opposition peut être levée sous certaines conditions.

On constate que tout est prévu dans le détail, y compris l'hypothèse de clauses imprévues. Les entreprises ne peuvent pas faire fausse route, elles sont parfaitement guidées, et même dirigées, dans la voie de ce qu'il faut faire.

Et c'est ici qu'intervient la seconde remarque concernant la *forme* : la situation que l'on vient de décrire, qui résulte de mécanismes inventés en principe pour mettre en œuvre une doctrine libérale, est-elle conforme à cette doctrine ?

L'application des divers règlements d'exemption aura pour conséquence l'établissement de véritables contrats types hors desquels il n'y aura qu'incertitude. Le règlement 123-85 sur les automobiles est un modèle du genre. Les entreprises ne se trouvent plus en présence du principe fondamental de libre concurrence, mais d'un texte précis qu'il convient théoriquement d'appliquer à la lettre. On peut craindre l'apparition de subtiles controverses sur l'interprétation des dispositions des divers règlements, dont la rédaction et les traductions devront être particulièrement soignées.

Cette sorte de dirigisme est sans doute le prix de la sécurité juridique que les règlements apportent aux entreprises.

Mais justement, que penser de cette sécurité juridique ? Elle fera l'objet de la deuxième observation annoncée.

— II —

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE est un leitmotiv, en particulier dans l'exposé des motifs du règlement sur les licences de brevet.

Elle justifie théoriquement le formalisme peu libéral que l'on vient d'évoquer. Qu'en est-il au juste ? M^{me} de Montblanc est intervenue très judicieusement sur ce point.

Il faut envisager la situation des clauses exemptées par les règlements et puis l'hypothèse des clauses imprévues.

En ce qui concerne les clauses exemptées par les dispositions des règlements, il serait faux de croire que la tranquillité des entreprises est parfaitement assurée. L'article 7 du règlement 19-65 impose que les divers règlements d'exemption par catégorie prévoient une sorte de sauvegarde sous la forme d'une disposition aux termes de laquelle la Commission peut toujours retirer le bénéfice de l'exemption s'il s'avère que l'accord exempté produit en fait certains effets qui sont incompatibles avec les conditions de l'exemption telles qu'elles figurent à l'article 85, paragraphe 3, C.E.E. M. Acquaviva a parlé, par exemple, des difficultés susceptibles de résulter de la détermination des prix de vente entre franchisés.

C'est là une sorte d'épée de Damoclès qui compromet la sécurité juridique, même si l'on considère, comme M. Dubois, que cette sauvegarde n'est qu'un « épouvantail ». On comprend cette précaution. Quelle que soit l'expérience acquise par la Commission, elle ne peut avoir la prétention de maîtriser parfaitement la situation, d'autant plus que l'évolution de l'économie lui échappe évidemment, et qu'il s'agit d'une considération majeure.

Pour éviter de porter trop gravement atteinte à la sécurité juridique, les règlements s'efforcent de préciser les hypothèses concevables pour l'application de cette sauvegarde. C'est un exercice hypothétique par nature. Ce faisant, le texte des règlements aggrave encore le dirigisme qui se manifeste dans le reste de leurs dispositions...

Comme on le voit, la Commission a du mal à échapper à l'attraction de ces deux pôles opposés que sont la liberté associée à l'insécurité juridique, d'une part, le dirigisme associé à la sécurité juridique, d'autre part.

Force est de constater que le système n'assure pas tout à fait la sécurité juridique des entreprises qui respectent les règlements. L'exemption est donc essentiellement précaire, qu'elle soit individuelle ou par catégorie.

On est loin de la règle de raison qui se pratique aux États-Unis et qui consiste à écarter purement et simplement l'application de la loi sur la concurrence dans un certain nombre de cas parce que le juge l'estime raisonnable. On peut évidemment trouver arbitraires les solutions que retient le juge américain, mais la sécurité juridique semble cependant assurée dès lors que la règle du précédent est respectée. On remarque néanmoins une trace de règle de raison, si l'on peut s'exprimer ainsi, dans le règlement licence de brevet et le règlement savoir-faire : certaines stipulations d'exclusivité échappent à l'application de l'article 85, paragraphe 1 — et n'en sont pas seulement exemptés au sens de l'article 85, paragraphe 3 — lorsqu'elles s'appliquent à « l'introduction et (à) la protection d'une nouvelle technologie sur le territoire concédé, en raison de l'importance des recherches entreprises, de l'intensification de la concurrence et du renforcement de la compétitivité des entreprises intéressées qui résultent de la diffusion de l'innovation dans la communauté » (règlement savoir-faire, 6^e considérant ; cf. aussi exposé des motifs du règlement licence de brevets, 11^e considérant, dont le texte est proche). Cette solution consacre la jurisprudence de la C.J.C.E. dans l'arrêt des semences de maïs du 8 juin 1982.

Mais il semble qu'on ne veuille pas aller plus loin dans cette voie, pour le moment au moins, à la Commission. M. Guttuso l'a clairement confirmé ce matin.

Pour tout le reste, c'est le système de l'exemption qui s'applique, avec l'incertitude que l'on connaît.

Par ailleurs, on peut se demander si la construction séduisante que présentent les règlements ne pourrait pas être remise en cause plus ou moins largement par le jeu des clauses imprévues. Les règlements précisent de façon détaillée ce qu'ils exemptent et ce qu'ils n'exemptent pas. Quelle place reste-il entre ces deux domaines ? Suffira-t-il qu'un accord présente une clause ni tout à fait admise, ni tout à fait interdite pour que la voie de l'exemption individuelle soit nécessaire ?

Maître Gast a donné des exemples de difficultés possibles à cet égard, en matière de franchise, tels que la clause d'approvisionnement dans la franchise (art. 3, 1, b) et la « période raisonnable n'excédant pas un an » (art 3, 1, d). Monsieur Acquaviva est revenu de son côté sur la question des clauses d'approvisionnement dans ce même domaine et M. Dubois a proposé une solution résultant du rapprochement de plusieurs dispositions du règlement pour distinguer la clause d'approvisionnement autorisée de celle qui est interdite. Il a ainsi montré la nécessité d'une interprétation délicate de dispositions du règlement (la clef tient à la définition du produit du franchiseur).

Le système du règlement et la sécurité juridique qu'il apporte dans une certaine mesure risqueraient de souffrir d'une possible remise en cause par le jeu des clauses imprévues et la procédure d'opposition.

Le 16^e Rapport sur la politique de concurrence confirme la mise en œuvre de la procédure d'opposition n'est pas simple. Le Rapport mentionne : « L'expérience nous a appris que, depuis l'entrée en vigueur de ce règlement

(licence de brevets), l'une des questions les plus importantes qui se posent concerne l'application pratique de la procédure d'opposition » (Publication de la Commission des Communautés, 1987, p. 44, n° 29). M^{me} de Montblanc a attiré l'attention sur cette importante difficulté.

On peut se demander si les États useront largement de leur droit d'opposition. On peut se demander aussi ce que sera le rôle du Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes que la Commission doit consulter avant de lever l'opposition demandée par un État.

Tout cela affaiblit forcément la sécurité juridique qui résulte des divers règlements d'exemption. En revanche, je ne partage pas le pessimisme de M^{me} Boutard-Labarde quant à la portée de la non-opposition. Je crois que cette non-opposition vaut exemption, en raison de la lettre du texte autant que du principe de confiance légitime.

La diversité des règlements conduit à une troisième et dernière observation.

— III —

Cette troisième observation concerne la *frontière*, la délimitation du domaine respectif des divers règlements. Dans certains cas, aucune difficulté ne se présentera. On ne voit guère de possibilité d'interférences entre le règlement licence de brevets et celui qui s'applique aux accords de distribution de véhicules automobiles. Mais la question peut se poser dans d'autres cas.

Le texte de chaque règlement définit bien, en principe, son domaine d'application : par exemple, en matière de franchise, plusieurs définitions précisent ce domaine. Mais ces définitions peuvent elles-mêmes être discutées, comme l'ont montré notamment M. Marquand-Gairard et le P^r Mousseron. Maître Leloup a eu l'occasion d'insister sur ce point. M. Guttuso a considéré, pour sa part, que la définition du savoir-faire constituait la difficulté majeure du règlement sur le savoir-faire.

Des incertitudes peuvent exister en dépit même de bonnes définitions. Il y a déjà eu des difficultés. Ainsi, le 8^e considérant du règlement licence de brevets excluait, à l'origine, faute d'expérience suffisante, notamment « les accords réciproques de licence ou de distribution ». Un rectificatif est intervenu le 26 avril 1985 pour supprimer les mots « ou de distribution » ; un autre rectificatif est encore intervenu un peu plus tard sur d'autres points le 22 octobre 1985. L'usage d'un simple rectificatif pour corriger une disposition d'un règlement, et non une simple erreur matérielle, est discutable. Par ailleurs, la portée de la rectification opérée est incertaine. A-t-on voulu dire que les accords réciproques de distribution ne sont plus exclus du règlement puisque leur exclusion a été supprimée ? Certainement pas. Il faut sans doute penser que seules s'appliquent les dispositions du règlement 1983-83 sur la distribution exclusive pour tout ce qui concerne la distribution, ainsi que le précise le 7^e considérant. Mais cette interprétation est quelque peu divinatoire.

D'autre part, le règlement sur le savoir-faire vise des accords mixtes concernant des brevets et du savoir-faire, pour les intégrer à son domaine (cf. 2^e considérant par exemple). De son côté, le règlement sur les licences de brevets s'applique aussi à des accords de ce genre. En principe, les deux textes comportent des précisions suffisantes pour que des difficultés de frontière ne se posent pas, mais il n'est pas du tout sûr qu'on y parviendra en

pratique de façon très nette... Le P^r Blaise a évoqué cette difficulté ce matin et M. Guttuso s'est efforcé d'apporter des éclaircissements à partir de la notion de savoir-faire nécessaire à l'exploitation d'un brevet, qui fixe le domaine du règlement licences de brevets.

Enfin, et pour s'en tenir à ces quelques exemples, le 17^e considérant du règlement franchise précise, en substance, que des accords peuvent parfois bénéficier, au choix, du règlement franchise ou d'un autre, mais non d'une combinaison des dispositions du règlement franchise et d'autres règlements. Cette précision est utile, mais elle confirme l'incertitude relative quant au domaine d'application du règlement franchise. M^{me} Boutard-Labarde a fort bien approché cette importante difficulté et M. Lepoutre a également posé une question judicieuse à son propos.

On peut se demander, par exemple, si les constructeurs d'automobiles n'auront pas intérêt à préférer le règlement sur les accords de franchise au règlement 123-85 qui leur est réservé ? Le règlement franchise permet en effet au franchiseur un contrôle des investissements du franchisé (art. 3, 1, d not) ; par ailleurs, il autorise la stipulation d'une clause de non concurrence dont les effets se prolongent pendant l'année qui suit l'expiration de l'accord (art. 3, 1, c). M. Dubois considère que ce problème de choix peut également se présenter pour les pompistes et dans le secteur des boissons ; il estime que le risque du choix incombe aux entreprises, conformément à la théorie libérale.

D'une façon générale, le règlement sur la franchise paraît assez favorable au franchiseur et il sera attirant dans cette mesure.

Voilà une incertitude intéressante qui est d'une grande actualité à la Commission.

Une dernière difficulté de frontière, d'un autre ordre, doit être soulignée pour conclure. Elle est beaucoup plus générale et dépasse le cadre des règlements étudiés ici : quel sera le domaine respectif des règlements et du droit communautaire de la concurrence, d'une part, et du droit national de la concurrence d'autre part ?

Selon M. Dubois, s'exprimant au sujet de la franchise, le droit concurrentiel communautaire a la primauté sur le droit national pour tout ce qui est réglé par des textes communautaires. M. de La Laurencie a confirmé cette analyse, ainsi que M. Delbarre.

Les P^{rs} Ferrier et Mousseron — avec la bénédiction de M. Dubois — ont estimé que l'exemption d'une clause par un règlement communautaire ne dispensait pas d'en apprécier la validité au regard du droit interne. Ce qui est certain.

Maître Jeantet s'est demandé enfin si — sous couvert de concurrence — les règlements ne comportaient pas des règles étrangères à la concurrence pour la protection des parties. La question mérite réflexion.

Telles sont les observations que m'ont inspirées les analyses approfondies présentées pendant ces deux jours. Elles ne traduisent pas de pessimisme en dépit de ce qu'on pourrait croire. La solution des règlements n'est pas parfaite, mais la démocratie non plus dont on dit qu'elle est le moins satisfaisant des régimes à l'exception de tous les autres...

Et puis, on n'insistera jamais assez sur le fait que les règlements n'interdisent pas la voie de l'exemption individuelle du règlement 17-62, ce qui apporte à l'ensemble du système une indispensable souplesse. Les contrats polymorphes, notamment, ne pourront être traités autrement.

VIENT DE PARAÎTRE

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE N° 21

LA RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ DANS LA VENTE DE MEUBLES CORPORELS

par **Françoise PEROCHON**, Professeur à la Faculté de Droit de Perpignan

Préface : **Fernand DERRIDA**
Professeur des Facultés de droit

Avant-propos : **Jean-Marc MOUSSERON**
Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

320 pages/Prix : 280 F

litec
DROIT

27, place Dauphine, 75001 PARIS
26, rue Soufflot, 75005 PARIS
CCP PARIS 65 09 F
Toute commande doit être accompagnée de son montant

VIENT DE PARAÎTRE

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE N° 20

LES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE

par **Philippe PETEL**, Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

Préface : **Michel CABRILLAC**, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

litec
DROIT

27, place Dauphine, 75001 PARIS
26, rue Soufflot, 75005 PARIS
CCP PARIS 65.09 F
Toute commande doit être accompagnée de son montant

400 pages/Prix : 280 F