

Savoir-faire et politique d'achat

Extrait de l'intervention de Maître Olivier BINDER

Cabinet d'avocats HERALD

Dans le cadre d'une conférence juridique hébergée par le MEDEF
Au 4^{ème} trimestre 2019

Membre français du réseau EuroFranchiseLawyers (EFL)

I. Quels sont les éléments de savoir-faire reconnus par la jurisprudence en la matière ?

II. Le savoir-acheter fait partie du savoir-faire du franchiseur : dans quelle mesure peut-il toutefois imposer à ses franchisés des exclusivités d’approvisionnement auprès de ses fournisseurs ?

III. Appréciation de la licéité de la clause d’approvisionnement exclusif

I. Quels sont les éléments de savoir-faire reconnus par la jurisprudence en la matière ?

Composition du savoir-faire actualisée

Cass. com. 8 juin 2017, n°15-22.318

*« Mais attendu que le savoir-faire est un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié ; qu'ayant souverainement retenu qu'un **savoir-faire comprenant un « savoir-sélectionner » les produits, constitué par l'offre à la vente par le franchiseur de produits sélectionnés conditionnés spécialement et bénéficiant d'une notoriété incontestable et un « savoir-vendre », résultant de la délivrance de conseils adaptés pour leur vente, a été transmis par le franchiseur au franchisé, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de rejeter la demande d'annulation du contrat [...] »***

Le savoir-faire est la combinaison d'un savoir sélectionner et d'un savoir-vendre.

Le savoir-faire en tant que « savoir-sélectionner »

CA Paris, 10 mai 2012, n° 07/21875

- **Le savoir-sélectionner vise l'existence de « produits sélectionnés en adéquation avec le concept et bénéficiant d'une notoriété incontestable ».**

Cette technique de sélection permet, notamment, au franchiseur de garantir tant à la clientèle qu'aux franchisés :

- une disponibilité industrielle des produits,
- une démarche qualité,
- un mix-produit très spécifique, et
- une gamme de produits identiques dans les différents points de vente franchisés :
en principe cette gamme fait l'objet d'une liste complète figurant dans le manuel du savoir-faire.

- **Le savoir-faire du franchiseur s'analyse ici comme un savoir-acheter les produits de la franchise et un savoir-sélectionner les fournisseurs pour assurer le bénéfice de tarifs négociés aux franchisés. Selon le rôle du franchiseur, les franchisés s'approvisionneront soit directement auprès des fournisseurs référencés, soit par le biais du franchiseur.**

- **Le savoir-acheter fait donc entièrement partie du savoir-faire du franchiseur.**

II. Le savoir-acheter fait partie du savoir-faire du franchiseur : dans quelle mesure peut-il imposer à ses franchisés des exclusivités d'approvisionnement ?

Afin de répondre à cette question, nous examinerons successivement :

1. Clauses d'approvisionnement exclusif au regard du droit interne
2. Clauses d'approvisionnement exclusif au regard du droit européen de la concurrence
3. Articulation entre les différents textes
4. Restrictions accessoires

II. 1. Clauses d'approvisionnement exclusif au regard du droit interne

Article L.330-1 du Code de commerce

- **Ce texte fixe un plafond à la durée des engagements d'approvisionnement exclusif à 10 ans.**

Si la clause est limitée à 10 ans, il est constant que le point de départ de sa durée se situe au moment du renouvellement du contrat (Cass. Com., 11 mars 1981, LexBase n°A0212CHC)

Sanction du non-respect de la limitation de durée = réduction de la durée excessive à 10 ans.

Article L.341-1 du Code de commerce

- **Absence de plafonnement de la durée mais exigence d'une échéance commune à tous les engagements.**

Ce texte à la différence du précédent, ne fixe pas un plafond absolu. Il exige seulement que la durée de l'exclusivité d'approvisionnement soit identique à celle des autres engagements liant le distributeur à son fournisseur.

II. 2. Clauses d'approvisionnement exclusif au regard du droit de la concurrence

- Article 101§1 du TFUE – Article L.420-1 du C.com : sanction = nullité

Règlement d'exemption n°330/2010 (en voie de révision) : les clauses d'approvisionnement exclusifs sont considérées comme des clauses de non-concurrence et bénéficient de l'exemption par catégorie dès lors que leur durée ne dépasse pas 5 ans (Art.5).

Selon les lignes directrices du règlement 330/2010 :

« Plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions généreront des gains d'efficience et/ou seront indispensables pour le protéger et que les restrictions verticales satisferont aux conditions énoncées à l'article 101§3 ».

Ainsi, lorsque l'obligation est « nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé, la durée de l'obligation de non-concurrence n'est pas un facteur pertinent au regard de l'article 101§1, pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même. » (pt. 190)

« La plupart des obligations figurant dans les accords de franchise peuvent être considérées comme nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle ou au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé et ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1 » (pt, 191)

50

La protection du savoir-faire

Trois moyens de protéger le savoir-faire :

- ➔ **La clause d'approvisionnement exclusif d'une durée égale à celle du contrat de franchise**
- ➔ **La clause de confidentialité**
- ➔ **Le secret des affaires** (articles L.151-1 et suivants du code de commerce)

Il permet de protéger le savoir-faire en tant qu'information qui « *revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret* » et « *fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret.* »

II. 3. Durée limitée à 5 ou 10 ans ?

Rappel : la limite de 5 ans ne vaut que dans le cadre du champ d'application du règlement 330/2010 (sous réserve des dispositions de la communication *de minimis*)

- **Le droit interne prévaut :**

Parts de marché < à 15% : La durée de la clause doit être inférieure à 10 ans, ou il faut que cette clause constitue une restriction accessoire au regard des critères d'appréciations retenus par la jurisprudence.

- **Le droit européen de la concurrence prévaut :**

Parts de marché entre 15% et 30% : La durée de la clause doit être inférieure à 5 ans pour bénéficier de l'exemption catégorielle, à moins qu'elle constitue une restriction accessoire au regard des critères d'appréciations retenus par la jurisprudence ;

Parts de marché > 30% : Quelle que soit la durée de la clause, elle devra être examinée au regard de l'exemption individuelle de l'article 101§3 TFUE, ou des restrictions accessoires au regard des critères d'appréciations retenus par la jurisprudence.

i. RECONDUCTION TACITE

En dessous de 15% de parts de marché : la durée totale de l'obligation d'approvisionnement exclusif est de 10 ans.

Sanction du dépassement : en cas de durée supérieure, celle-ci sera réduite à 10 ans.

Entre 15% et 30% de parts de marché : la durée totale de l'obligation d'approvisionnement exclusif est de 5 ans.

En cas de durée supérieure, la clause sera considérée comme étant conclue pour une durée indéterminée (Art.5.1 §2 du Règlement 330/2010 et 1215 du Code civil), sauf accord des parties dans le contrat initial pour une durée déterminée.

La clause encourt la sanction de la nullité en ce qu'elle constitue une entente anticoncurrentielle sauf exemption individuelle (au regard de l'art. 101§3 TFUE).

ii. PROROGATION

- **Parts de marché inférieures à 15 %** : Droit français s'applique = exclusivité de 10 ans
 - La durée totale cumulée de l'exclusivité ne peut excéder 10 ans (contrat initial + prorogation(s) comprise(s)). (ex : CA Paris – 22 février 2011 – n°09/21419)
- **Parts de marché entre 15% et 30%** : Règlement d'exemption 330/2010 s'applique = exclusivité de 5 ans
 - La durée totale cumulée de l'exclusivité ne peut excéder 5 ans (contrat initial + prorogation(s) comprise(s))

iii. RENOUVELLEMENT

L'obligation d'approvisionnement exclusif peut avoir une durée totale CUMULEE supérieure à 10 ans quelle que soit la part de marché calculée à chaque renouvellement, dès lors que chaque clause successivement renouvelée respecte pour chaque renouvellement la durée maximum, à savoir :

- **Parts de marché inférieures à 15 %** : 10 ans.
(Ex : CA Paris, ch. 25, sect. A, 2 sept. 2005, Juris-Data n°2005-302043)
- **Parts de marché entre 15% et 30%** : 5 ans.

II. 4. Restrictions accessoires

➤ Consécration de la conformité de la clause d'approvisionnement exclusif au droit de la concurrence depuis 30 ans.

- CJCE, 17 déc. 1986, n° C-161/84, *Pronuptia*
- Cons. conc., 28 mai 1996, déc. n° 96-D-36, *Zannier*
- **Cass. Com, 20 décembre 2017, pourvois n° 16-20.500 et 16-20.501**

« En matière de franchise, les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau, symbolisé par l'enseigne, ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens des articles 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L. 420-1 du code de commerce, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la clause d'approvisionnement exclusif imposée aux franchisés était nécessaire pour disposer chez chacun d'eux d'une uniformité de qualité et de goût des produits fabriqués selon un cahier des charges et un procédé propre à la société BTB, constituant ainsi un élément décisif pour l'image et l'identité du réseau de franchise. » (Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 Décembre 2017 – n° 16-20.501)

III. Appréciation de la licéité de la clause d'approvisionnement exclusif

III. 1. Critères d'appréciation

Les clauses d'approvisionnement exclusif peuvent porter sur :

- Des produits vendus par le franchiseur ou les fournisseurs référencés au franchisé
- Du matériel
- Des services d'implantation ou de développement du réseau

La licéité de la clause d'approvisionnement exclusif s'apprécie le plus souvent par rapport à :

- La nature des produits concernés par la clause
- Le domaine d'activité considéré

Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une appréciation au cas par cas : la clause doit être indispensable pour préserver l'identité, l'homogénéité et la réputation du réseau

III.2. Analyse casuistique des critères d'appréciation de la licéité des clauses d'approvisionnement exclusif portant sur les produits secteur par secteur

Afin de préserver l'identité, l'homogénéité et la réputation du réseau, plusieurs éléments de justification des clauses ressortent de l'étude de la jurisprudence selon les secteurs :

- Boulangerie
- Coiffure
- Textile
- Mode
- Optique
- Lavage automobile
- Réparation automobile
- Fournitures de bureau
- Gadgets
- Distribution discount



- **Uniformité :**
 - De goût;
 - De qualité;
 - De sécurité.
- **Le renouvellement fréquent**
- **L'absence de possibilité d'établir des spécifications objectives**
- **L'objectif de répartition des gains générés par le savoir-faire du franchiseur**

III.3. Licéité d'une clause d'approvisionnement exclusif pour les services liés à l'implantation ou au développement du réseau de franchise indépendamment du secteur

Le franchiseur peut également protéger son savoir-faire en imposant une clause d'approvisionnement exclusif concernant les services d'implantation, ou de développement de la franchise.

Exemple : architecte pour les plans d'agencement du magasin, agence internet pour l'organisation du site Internet du franchisé (*lignes directrices R.330/2010, pt. 52*)

La clause d'approvisionnement exclusif sera licite si elle peut être justifiée par l'un des critères suivants :

- ✓ La clause est nécessaire pour :
 - permettre la réitération du concept
 - permettre la bonne mise en œuvre du savoir-faire
 - assurer la cohérence du fonctionnement du réseau
 - assurer la bonne diffusion des produits
- ✓ La clause est indispensable pour maintenir et préserver l'identité commune, l'homogénéité et la réputation du réseau.
- ✓ Lorsqu'il n'est pas possible de :
 - définir et appliquer des spécifications de qualité objectives suffisamment précises (*descriptions des caractéristiques du produit permettant l'approvisionnement auprès d'un tiers pour une qualité équivalente*), OU
 - assurer le contrôle de ces spécifications (*ex : en raison du nombre trop important de références, de l'importance du réseau, de la fréquence du renouvellement des produits, du coût élevé que représenterait un tel contrôle de qualité*).