

# Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés : Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

398<sup>e</sup> année - 13 NOVEMBRE 2009 - N° 227 - 10 euros

**Numéro  
SPÉCIAL**

**lextenso éditions**

**ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE**

## Un an d'actualité juridique en droit de la franchise

Numéro réalisé avec le concours  
du cabinet d'avocats  
**SIMON ASSOCIÉS**



**SIMON ASSOCIÉS**  
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

[www.petites-affiches.com](http://www.petites-affiches.com)

ÉDITION  
QUOTIDIENNE  
DES JOURNAUX  
JUDICIAIRES  
ASSOCIÉS

Petites  affiches

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01  
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02

**Le Quotidien Juridique**

12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris  
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50

**LA LOI**  
ARCHIVES COMMERCIALES

33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris  
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

Directeur de la publication :  
**Bruno Vergé**  
Rédactrice en chef :  
**Emmanuelle Filiberti**  
Responsables de rédaction :  
**Valérie Boccara et Céline Slobodansky**  
Comité de rédaction :  
**Pierre Bézard**, président honoraire  
de la chambre commerciale de la Cour  
de cassation  
**Éric Bonnet**, directeur de la rédaction  
de la Gazette du Palais  
**Jean-Pierre Camby**, conseiller des  
services de l'Assemblée nationale  
**Jean-Marie Coulon**, premier président  
honoraire de la Cour d'appel de Paris  
**Alain Couret**, professeur à l'Université  
Paris I (Panthéon-Sorbonne)  
**Michel Grimaldi**, professeur à  
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)  
**Jean-François Guillemin**, secrétaire  
général, groupe Bouygues  
**Paul Le Cannu**, professeur à  
l'Université Paris I (Panthéon-  
Sorbonne)  
**Jacques Massip**, conseiller doyen  
honoraire à la Cour de cassation  
**Denis Mazeaud**, professeur à  
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)  
**Nicolas Molfessis**, professeur à  
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)  
**Jacqueline Morand-Deville**,  
professeur à l'Université Paris I  
(Panthéon-Sorbonne)  
**Bernard Reynis**, président honoraire  
du Conseil supérieur du notariat  
de Paris  
**Alain Sauret**, président du conseil de  
surveillance de Capstan Avocats  
**Rédaction** : 33, rue du Mail,  
75081 Paris Cedex 02  
**Tél.** : 01 42 61 87 87  
**Fax** : 01 42 86 09 37  
**E-mail** : redaction@lextenso-editions.fr

Merci de nous envoyer vos articles à :  
redaction@lextenso-editions.fr

**Abonnements** : 33, rue du Mail,  
75081 Paris Cedex 02  
**Tél.** : 01 56 54 42 10  
**Fax** : 01 56 54 42 11  
**E-mail** : abonnementpa@lextenso-editions.fr

**Rédaction (p. 1 à 120)**

**Publicité légale : Annonces pour les  
départements 75, 92, 93, 94 (p. 121 à 152)**

A B O N N E M E N T S	
1 an France (TTC)	
Journal seul .....	132 €
Journal + Lextenso.fr .....	326 €
1 an Étranger (TTC)	
CEE .....	336 €
Hors CEE .....	646 €

Pour tarifs particuliers  
(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique :  
Groupe Poly Print/Bâton Rouge Agence

# Un an d'actualité juridique en droit de la franchise

## Numéro réalisé avec le concours du cabinet d'avocats SIMON ASSOCIÉS

### SOMMAIRE

Guy Gras.....	<b>10</b>
<b>Préface</b>	
Christian de Baecque.....	<b>11</b>
<b>Avant-propos</b>	
François-Luc Simon.....	<b>12</b>
<b>Introduction</b>	
<b>L'identification du contrat de franchise (§ 1 à 31)</b> .....	<b>13</b>
I. Distinction du contrat de franchise et des contrats voisins (§ 2)	
A. Contrat de franchise et contrats usuels de droit commercial (§ 3)	
1. Contrat de franchise et contrat d'affiliation (§ 4)	
2. Contrat de franchise et contrat de concession (§ 8)	
B. Contrat de franchise et société créée de fait (§ 10)	
II. Distinction du contrat de franchise et du contrat de travail (§ 11)	
A. La requalification du contrat de franchise en contrat de travail (§ 12)	
1. Le principe (§ 13)	
2. L'application du principe à la franchise (§ 16)	
a) Rejet de la requalification (§ 17)	
b) Admission de la requalification (§ 19)	
B. L'application des règles du Code du travail en dehors de toute requalification (§ 21)	
1. Conditions d'application du nouvel article L. 7321-1 du Code du travail (§ 22)	
2. Effets de l'application du nouvel article L. 7321-1 du Code du travail (§ 24)	
a) Absence de requalification (§ 25)	
b) Application des règles issues du Code du travail (§ 27)	
<b>La formation du contrat de franchise (§ 32 à 102)</b> .....	<b>23</b>
I. L'entrée en pourparlers (§ 33)	
A. La rupture des pourparlers (§ 34)	
1. Rupture de pourparlers en dehors de tout lien contractuel (§ 35)	
2. Rupture de pourparlers en présence d'un avant-contrat (§ 36)	
3. Précautions pouvant être envisagées par le franchiseur (§ 37)	
a) Avant la conclusion du contrat de franchise (§ 38)	
b) Après le terme du contrat de franchise (§ 39)	
B. La preuve du contrat de franchise (§ 40)	

1. Le caractère consensuel du contrat de franchise (§ 41)
2. Les moyens de preuve légalement admissibles (§ 42)
- II. Les conditions de validité du contrat de franchise (§ 43)
  - A. Le consentement (§ 44)
    1. La preuve par le franchiseur de l'absence de violation d'une obligation d'information (§ 45)
      - a) La violation d'une obligation légale ou contractuelle (§ 46)
        - α)** Obligation légale (§ 47)
          - Rappel (§ 47)
          - Interprétation stricte de l'obligation légale (§ 52)
        - β)** Obligation contractuelle (§ 57)
          - Comptes prévisionnels (§ 58)
            - Paternité des comptes prévisionnels (§ 58)
            - Caractère « grossièrement erroné » des comptes prévisionnels (§ 62)
            - Tromperie du franchisé (§ 66)
            - Le cas particulier du dol : la volonté de fausser le consentement du franchisé (§ 67)
          - La réticence dolosive (§ 69)
        - b) La charge de la preuve (§ 72)
          - α)** Charge de la preuve de l'existence de l'obligation (§ 72)
          - β)** Charge de la preuve de l'exécution de l'obligation (§ 73)
      2. Le franchisé doit démontrer l'existence d'un vice du consentement (§ 77)
        - a) Un vice du consentement du franchisé (§ 78)
          - α)** Exigence d'un vice du consentement (§ 78)
            - Évolution jurisprudentielle (§ 79)
            - Appréciation *in concreto* (§ 80)
          - β)** Nature du vice : dol ou erreur (§ 82)
        - b) Charge de la preuve et moyens de preuve (§ 84)
    3. La sanction de la violation de l'obligation d'information précontractuelle (§ 86)
      - a) La sanction du dol (§ 86)
      - b) La responsabilité délictuelle du franchiseur (§ 89)
      - c) L'indemnisation du préjudice subi par le franchisé (§ 90)
      - d) Prescription de l'action en nullité (§ 92)

- α) Règle générale (§ 92)
- β) La spécificité de l'action en nullité pour dol ou erreur (§ 93)
- B. La cause (§ 94)
  - 1. Le savoir-faire (§ 95)
    - a) L'existence du savoir-faire (§ 95)
    - b) La transmission du savoir-faire (§ 99)
  - 2. Les signes distinctifs (§ 100)
- C. Respect des règles du droit de la concurrence (§ 102)

#### **L'exécution du contrat de franchise (§ 103 à 186) ..... 44**

- I. Les relations entre les parties (§ 104)
  - A. Les obligations du franchiseur (§ 105)
    - 1. Les obligations du franchiseur relatives au savoir-faire (§ 106)
    - 2. L'obligation d'assistance (§ 108)
    - 3. Les obligations relatives à la publicité et au développement du réseau (§ 115)
    - 4. L'obligation d'approvisionnement (§ 119)
    - 5. L'obligation d'exclusivité territoriale (§ 122)
  - B. Les obligations du franchisé (§ 128)
    - 1. Les obligations financières du franchisé (§ 129)
    - 2. Les obligations inhérentes à l'achat et à la vente des produits commercialisés (§ 134)
      - a) L'obligation relative à l'achat de produits par le franchisé (§ 135)
      - b) Les obligations inhérentes à la vente (§ 139)
        - α) La prohibition des prix imposés (§ 139)
          - Les stipulations contractuelles (§ 141)
          - Le comportement des parties lors de l'exécution du contrat (§ 143)
        - β) Les obligations relatives à la vente sur internet (§ 146)
    - 3. Les obligations inhérentes à la transmission du savoir-faire (§ 147)
      - a) Le respect du concept (§ 148)
      - b) L'obligation de non-concurrence durant l'exécution du contrat (§ 150)
    - 4. L'obligation de bonne foi contractuelle (§ 151)
- II. Les relations avec les tiers (§ 152)
  - A. La responsabilité des tiers à l'égard des parties (§ 153)

1. La responsabilité du dirigeant de la société franchisée en tant que caution (§ 153)
2. La responsabilité du tiers, complice de l'inexécution par le franchisé de ses obligations contractuelles (§ 157)
  - a) La consistance de la faute du tiers au contrat (§ 158)
  - b) Les conditions de l'existence de la complicité (§ 162)
  - c) La preuve de la complicité (§ 164)
3. La responsabilité du tiers auteur d'une atteinte aux signes distinctifs à l'égard des parties (§ 167)
4. La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'égard du franchisé (§ 171)
5. Les relations entretenues par le franchisé avec son bailleur (§ 174)
6. La responsabilité du séquestre du prix de vente du fonds de commerce (§ 178)
7. La responsabilité du prestataire de services à l'égard du franchiseur (§ 179)
- B. La responsabilité des parties à l'égard des tiers (§ 180)
  1. La responsabilité des parties à l'égard de la clientèle (§ 180)
  2. La responsabilité des parties en qualité d'employeur (§ 181)
  3. La responsabilité du franchiseur à l'égard du prestataire de services (§ 183)
  4. La responsabilité pénale des parties au contrat de franchise (§ 184)

## **L'extinction du contrat de franchise (§ 187 à 298)..... 65**

- I. La survenance du terme et l'absence de renouvellement du contrat de franchise (§ 188)
  - A. Le renouvellement et la prorogation du contrat de franchise (§ 188)
    1. Le renouvellement du contrat (§ 189)
      - a) Les conditions d'application du renouvellement (§ 189)
      - b) Le régime juridique du renouvellement (§ 191)
    2. La prorogation (§ 192)
      - a) Les conditions de la prorogation (§ 193)
      - b) Effets de la prorogation (§ 196)
        - α)** Entre les parties (§ 197)
        - β)** À l'égard des tiers (§ 198)
  - B. Le non-renouvellement est un droit pour les parties (§ 200)

1. Le principe : l'absence de droit au renouvellement du contrat (§ 201)
2. La limite : le non-renouvellement fautif du contrat (§ 208)
  - a) Le non-respect des modalités contractuelles de non-renouvellement (§ 208)
  - b) L'abus (§ 211)
- II. La résiliation du contrat de franchise (§ 216)
  - A. Les modalités de la résiliation (§ 217)
    1. La résiliation née du consentement mutuel des parties (§ 218)
      - a) Les conditions de l'accord révocatoire (§ 218)
      - b) Les effets de l'accord révocatoire (§ 220)
        - α) Quant à sa force obligatoire (§ 221)
        - β) Quant au préjudice qui en découlerait (§ 222)
    2. La résiliation unilatérale du contrat de franchise (§ 224)
      - a) La résiliation prononcée aux torts exclusifs de l'une des parties (§ 225)
        - α) La résiliation prononcée aux torts exclusifs du franchiseur (§ 225)
          - Le manquement du franchiseur à ses obligations contractuelles ou à son devoir général de loyauté (§ 225)
          - La résiliation du contrat par le franchiseur sans juste motif (§ 228)
        - β) La résiliation prononcée aux torts exclusifs du franchisé (§ 229)
          - Le manquement du franchisé à ses obligations contractuelles ou à son devoir général de loyauté (§ 229)
          - La résiliation du contrat par le franchisé sans juste motif (§ 235)
      - b) La résiliation prononcée aux torts partagés du franchiseur et du franchisé (§ 240)
  - B. Les sanctions de la résiliation fautive (§ 243)
    1. La détermination par le juge des préjudices consécutifs à l'anéantissement du contrat (§ 244)
      - a) Les conditions du droit à réparation (§ 245)
      - b) La mise en œuvre du droit à réparation (§ 248)
        - α) Les préjudices indemnisables en cas de résiliation du contrat de franchise (§ 249)
          - Lorsque la résiliation est imputable au franchiseur (§ 250)
          - Lorsque la résiliation est imputable au franchisé (§ 253)
        - β) Les préjudices indemnisables en cas de nullité ou de résolution du contrat de franchise (§ 254)

## 2. La clause pénale (§ 257)

### a) Les caractères de la clause pénale (§ 258)

### b) La révision judiciaire de la clause pénale (§ 262)

#### **α)** Les critères d'appréciation de son caractère manifestement excessif ou dérisoire (§ 262)

- Appréciation objective (§ 263)
- Appréciation subjective (§ 265)

#### **β)** La charge de la preuve de son caractère manifestement excessif ou dérisoire (§ 268)

## III. Les relations post-contractuelles (§ 269)

### A. Les obligations post-contractuelles du franchiseur (§ 270)

#### 1. Les obligations relatives au fichier clients du franchisé et aux cartes de fidélité (§ 270)

#### 2. Les obligations relatives aux stocks et au matériel du franchisé (§ 273)

### B. Les obligations post-contractuelles du franchisé (§ 275)

#### 1. L'interdiction d'utiliser les signes distinctifs (§ 275)

##### a) Une obligation découlant de plein droit de la cessation du contrat de franchise (§ 275)

##### b) Les actions à la disposition du franchiseur à l'encontre de l'ancien franchisé (§ 278)

#### 2. Les clauses de non-concurrence post-contractuelles et de non-réaffiliation (§ 281)

##### a) La validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles et de non-réaffiliation (§ 281)

##### **α)** Présentation des clauses de non-concurrence post-contractuelles et de non-réaffiliation (§ 281)

##### **β)** Les conditions de validité des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence (§ 284)

##### b) La mise en œuvre des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation (§ 288)

##### c) Les sanctions de la violation de la clause de non-concurrence et de non-réaffiliation (§ 291)

##### **α)** La responsabilité contractuelle (§ 292)

##### **β)** La cessation de la violation (§ 295)

## **La circulation du contrat de franchise (§ 299 à 317)..... 90**

- I. La cession du contrat de franchise et la substitution de franchiseur (§ 300)
  - A. La substitution résultant de la cession pure et simple du contrat de franchise (§ 301)
    - 1. Les conditions encadrant la cession du contrat de franchise en présence d'une acceptation *ab initio* (§ 302)
    - 2. Les conditions encadrant la cession du contrat de franchise en l'absence de clause autorisant la cession *ab initio* (§ 304)
  - B. Le changement de franchiseur résultant d'un apport partiel d'actifs (§ 306)
    - 1. Le principe de transmission universelle de patrimoine (§ 306)
    - 2. L'exception au principe de transmission universelle de patrimoine : l'*intuitu personae* (§ 308)
- II. La substitution de franchisé du fait de la cession du contrat et/ou de la cession de son fonds de commerce (§ 310)
  - A. La clause d'agrément (§ 311)
  - B. La clause de préférence (§ 313)
    - 1. La violation de la clause de préférence (§ 314)
    - 2. La mise en œuvre de la responsabilité du franchisé et du tiers acquéreur en dehors de toute violation du pacte de préférence (§ 316)

## **Franchise et procédures collectives (§ 318 à 343) ..... 97**

- I. Les relations entre les parties au contrat de franchise (§ 319)
  - A. L'ouverture d'une procédure collective (§ 320)
    - 1. La preuve de l'état de cessation des paiements (§ 321)
    - 2. La déclaration des créances (§ 322)
    - 3. L'admission des créances (§ 324)
  - B. La préservation et l'optimisation de l'actif du débiteur (§ 326)
    - 1. Les nullités de la période suspecte (§ 327)
    - 2. Les actions pour soutien abusif de crédit (§ 329)
  - C. L'avenir du contrat de franchise (§ 331)
    - 1. La question de la poursuite des contrats en cours (§ 332)
    - 2. Les relations post-contractuelles (§ 333)
- II. Les relations entre les parties et les cautions (§ 334)
  - A. La mise en œuvre du cautionnement (§ 335)

- B. Les moyens de défense de la caution (§ 336)
- III. Éléments de procédure spécifiques aux procédures collectives (§ 337)
  - A. La qualité pour agir (§ 338)
    - 1. Le dessaisissement du débiteur dans le cadre d'une liquidation judiciaire (§ 339)
    - 2. La représentation des créanciers : l'exemple du plan de cession (§ 340)
  - B. Les clauses compromissaires (§ 341)
  - C. Les voies de recours : l'exemple de la tierce opposition (§ 342)

**Le contentieux du contrat de franchise (éléments de procédure) (§ 344 à 372) ..... 106**

- I. Contentieux étatique (§ 345)
  - A. Les règles communes à toutes les juridictions (§ 346)
    - 1. Responsabilité contractuelle (§ 346)
    - 2. Responsabilité délictuelle (§ 350)
    - 3. Aveu judiciaire (§ 351)
    - 4. Action du liquidateur (§ 353)
  - B. Les règles inhérentes à la juridiction des référés (§ 354)
    - 1. La compétence du juge des référés lorsque le franchisé est en difficulté financière (§ 355)
    - 2. Les pouvoirs du juge des référés (§ 357)
      - a) Les mesures ordonnées sur le fondement de l'article 873 du Code de procédure civile (§ 358)
        - α) Notions de « dommage imminent » et de « trouble manifestement illicite » (§ 359)
          - Le dommage imminent (§ 359)
          - Le trouble manifestement illicite (§ 360)
        - β) Les pouvoirs du juge des référés (§ 362)
      - b) Les mesures ordonnées sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (§ 365)
- II. Contentieux arbitral (§ 367)
  - A. Les cas d'ouverture du recours en annulation dirigé contre une sentence arbitrale (§ 368)
  - B. L'opposabilité des sentences arbitrales (§ 371)

**Index ..... 113**

**Table des 121 décisions commentées ..... 117**

## PRÉFACE

Les consultations publiques de la Commission européenne ainsi que celles de l'Autorité de la concurrence française étant désormais terminées, nous attendons dans les prochaines semaines, le nouveau règlement communautaire applicable aux accords verticaux dont la version actuelle arrive à expiration le 31 mai 2010 (1). La Fédération française de la franchise (FFF) a participé activement à ces discussions tant au plan national qu'au plan communautaire. Ces échanges ont confirmé notre analyse sur la nécessité et l'urgence de rappeler les spécificités et les forces concurrentielles de la franchise au regard d'autres modes de distribution. Force est déjà de constater qu'après avoir bénéficié en 1988 d'un règlement d'exemption par catégorie spécifique (2), la franchise vingt ans plus tard figure simplement dans les lignes directrices du règlement actuel et qu'il est très probable que les rédacteurs de la prochaine mouture de ce texte maintiennent cette position, estimant que les spécificités de la franchise ne « méritent » pas de développement particulier dans le règlement. De notre point de vue, cette situation de la franchise est non seulement difficilement compréhensible mais également totalement injustifiée.

**Un manque de reconnaissance difficilement compréhensible au regard des enjeux économiques.** La franchise est une forme de distribution en développement constant qui n'a plus à démontrer la réussite de son modèle économique. Trois données économiques et sociales de l'année 2008 permettent d'en comprendre les enjeux en France (3) : avec presque 50.000 franchisés et plus de 1.200 réseaux, la franchise représente l'une des toutes premières forces du commerce indépendant ; avec 130 milliards d'euros de chiffre d'affaires réalisé dans ses réseaux en 2008, le poids économique de la franchise représente 6 % du PIB national ; dans la période d'incertitude que nous traversons, la franchise est un véritable vecteur pour la création d'emplois et la reconversion professionnelle (75 % des franchisés sont des ex-salariés).

**Une absence de prise en considération totalement injustifiée au regard des effets pro-concurrentiels de la franchise.** Les effets pro-concurrentiels de la franchise sont connus et reconnus depuis longtemps (4). Pour mettre en évidence ces effets dans le cadre des discussions ayant eu lieu, la FFF a confié récemment à des chercheurs de l'École polytechnique et du Laboratoire d'économie industrielle du CREST la réalisation d'une étude économétrique sur « les effets concurrentiels de la franchise » (5). Ce rapport terminé, deux constats ressortent tout particulièrement de l'étude réalisée : d'une part, il apparaît que les franchisés permettent de diversifier l'offre dans les zones où la demande est plus faible et, d'autre part, que les franchisés sont moins chers que leurs confrères succursalistes. Les effets pro-concurrentiels et notam-

ment l'effet bénéfique de la franchise pour le consommateur sont ainsi clairement démontrés. Enfin, soulignons que la franchise n'a pas fait l'objet en France et en Europe de grandes décisions judiciaires en droit de la concurrence avec des montants record de condamnation... ce qui n'a pas été le cas d'autres formes de distribution ces dernières années. Cette absence de considération doit nous amener à réagir et à réaffirmer les spécificités de la franchise.

**L'urgente nécessité de réaffirmer l'identité de la franchise.** Nous devons réaffirmer ce qui nous paraît évident : la bonne réitération par le franchisé du savoir-faire transmis par le franchiseur est l'élément fondamental du contrat de franchise et ce savoir-faire transmis n'est pas commun aux autres modes de distribution.

— **Le transfert de savoir-faire est l'élément fondamental qui identifie la franchise.** Ce savoir faire est constitué par des informations concernant « tous les domaines de l'activité et notamment technique, commercial, promotionnel, publicitaire, administratif, financier, le domaine de la formation du personnel et de la gestion en général » (6). L'objet du contrat de franchise est la réitération du savoir-faire par le franchisé, conformément aux directives de son franchiseur, alors que celui du contrat de distribution sélective est d'identifier à l'aide de critères prédéfinis, les distributeurs les plus aptes à commercialiser les produits et/ou services d'un fournisseur sur son marché.

— **Ce savoir-faire n'est pas commun aux autres réseaux de distribution car il doit impérativement permettre la réussite économique du franchisé.** Le savoir-faire « doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché » (7). L'efficacité du savoir-faire transmis par le franchiseur est une absolue nécessité et les conséquences pratiques qui en découlent sont propres à la franchise telles que : la mise en jeu de la responsabilité d'un franchiseur pour avoir transmis un savoir-faire insuffisant ou encore l'absence d'obligation pour le franchiseur de définir des critères objectifs de sélection de ses franchisés — la formation à son savoir-faire étant essentielle (8) — ou enfin le « devoir de police » et d'assistance du franchiseur au sein de son réseau afin d'en garantir l'uniformité indispensable à sa réussite. Les récents débats nous amènent à devoir réaffirmer des évidences pour défendre notre identité et ne pas sombrer dans une globalisation européenne des différentes formes de distribution, avec à terme la dilution du concept de franchise dans d'autres formes telles que la distribution sélective. Nous avons une réelle spécificité, défendons-la et faisons-le savoir.

**Guy GRAS**

*Président de la Fédération française de la franchise*

(1) Règlement n° 2790/99 du 22 décembre 1999 concernant les accords verticaux et pratiques concertées.

(2) Règlement n° 4087/88 du 30 novembre 1988 applicable aux accords de franchise.

(3) Étude annuelle d'impact de la franchise, résultats 2008, Diagnostic et Systems.

(4) CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia, règlement n° 4087/88 du 30 novembre 1988.

(5) Étude des effets concurrentiels de la franchise, juin 2009.

(6) Commission CE, 17 décembre 1986, décision sur la franchise Yves Rocher, JOCE n° L. 8 du 10 janvier 1987, pt 22.

(7) Cf. article 1<sup>er</sup> 3 g) du règlement n° 4087/88 du 30 novembre 1988.

(8) CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia, « [15] [...] ce système [de franchise] ouvre par ailleurs à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe ».

## AVANT-PROPOS

Il n'est pas surprenant que depuis trois ans les Petites Affiches consacrent un numéro spécial aux décisions judiciaires dans le domaine de la franchise.

En effet, la franchise est une pratique commerciale qui reflète parfaitement notre époque de mondialisation et de désir de proximité, puisqu'il s'agit, pour une entreprise, de bénéficier de la puissance d'un grand groupe, tout en ayant la liberté d'action d'un petit face aux besoins de son marché local.

Depuis vingt ans le législateur a réglementé les pratiques par la loi dite Doubin qui vient compléter le droit des obligations.

Si quelques-uns des litiges que nous avons à résoudre au Tribunal de commerce de Paris dans ce domaine, concernent des questions purement juridiques, la plupart doivent prendre en compte les faits qui se sont produits durant l'exécution du contrat, car les litiges se créent soit sur la formation, soit sur l'exécution, soit sur l'extinction du contrat de franchise.

L'analyse des faits par le juge se fondera sur trois articles du Code civil :

— l'article 1109 qui est relatif au consentement : le consentement a-t-il été donné en toute connaissance de cause par le franchisé et

aurait-il ou non signé le contrat si les informations qu'il a découvertes par la suite lui avaient été communiquées auparavant ? Telle est l'une des premières questions que se pose le juge ;

— l'article 1134 qui concerne, notamment, l'exécution de bonne foi des conventions : quelle partie est de bonne ou de mauvaise foi ? Telle est l'une des questions que le juge doit trancher ;

— l'article 1382 qui traite de la réparation des dommages causés : l'une des parties a-t-elle subi un préjudice causé par l'autre et quel est le montant de ce préjudice ?

Chacune de ces questions nécessite un examen approfondi par le juge des faits et des éléments de preuve du litige, examen basé à la fois sur l'application de la loi et sur l'expérience que le juge consulaire a acquise au cours de sa vie professionnelle.

Compte tenu de la spécificité de ce type de litiges, le Tribunal de commerce de Paris a décidé, en 2008, de spécialiser une de ses chambres dans le droit de la distribution et de la franchise.

*Christian de BAECQUE*

*Président du Tribunal de commerce de Paris*

## Vient de paraître



### Droit des entreprises en difficulté

Deen Gibirila

**DEFRENOIS**

lextenso éditions

Disponible sur **Lgdj.fr**  
www.lgdj.fr

PA

## INTRODUCTION

Ce numéro spécial constitue le quatrième d'une série commencée en novembre 2006, à la faveur de l'idée simple consistant à analyser l'essentiel des décisions récentes intéressant le droit de la franchise, regroupées de manière ordonnée et commentées par référence au droit commun, sous un angle se voulant toujours pratique et théorique à la fois (1). Chaque année, il s'est donc agi d'observer cette ligne de conduite, tout en tenant compte des évolutions du moment.

Sur le fond, les problématiques nouvelles ont été systématiquement examinées, et leur évolution suivie année après année. Sur la forme, l'examen a porté sur le plus grand nombre de décisions, qu'elles soient publiées ou inédites ; ce faisant, plus de 500 décisions auront ainsi été analysées sur la seule période de juin 2005 à juin 2009.

Chaque numéro spécial a jusqu'alors bénéficié de la préface des plus hauts magistrats de l'ordre judiciaire : celles de Guy Canivet (2) et Vincent Lamanda (3), successivement premier président de la Cour de cassation, puis celle de Jean-Claude Magendie (4), premier président de la Cour d'appel de Paris, comme pour rappeler l'importance que la franchise occupe dans l'économie actuelle et marquer la richesse que déploie la jurisprudence en cette matière, située au croisement de plusieurs domaines du droit (5).

Dans cette continuité, Christian de Baecque, président du Tribunal de commerce de Paris, m'a fait l'honneur, à son tour, de manifester par son avant-propos sa vision de la franchise, façonnée par son expérience irremplaçable de la pratique des affaires et du droit. Je lui exprime ma très vive gratitude.

De même, Guy Gras, président de la Fédération française de la franchise, a bien voulu accepter de rédiger la préface de cette nouvelle édition et nous faire ainsi partager sa connaissance privilégiée de ce secteur d'activité si particulier. Je lui adresse mes très sincères remerciements.

Il me faut dire aussi que, de toutes celles parues jusqu'alors, la présente édition est certainement la plus volumineuse et la plus complète. J'y ai repris, au moyen des quelques 160 décisions récentes commentées, l'ensemble des problématiques juridiques actuelles, en m'efforçant d'offrir une photographie détaillée et complète du droit positif.

Cette analyse demeure articulée — comme à l'accoutumée — autour des principaux thèmes qui animent la matière, relatifs à l'identification du contrat de franchise, sa formation, son exécution, sa circulation, son extinction, sans oublier les questions omniprésentes découlant du droit des procédures collectives et du contentieux étatique ou arbitral.

L'accent a été porté également sur l'importance capitale du droit commun et de la technique contractuelle ; droit commun, auquel le juge se réfère constamment, car indispensable à la compréhension de la jurisprudence et de ses évolutions ; technique contractuelle, déterminante pour l'anticipation des difficultés et la conduite des solutions pratiques qui s'imposent à tous les acteurs de la franchise ; enfin, droit commun et technique contractuelle sans lesquels la pratique quotidienne de la franchise ne serait pas.

Voilà de quoi considérer, à l'occasion de la célébration des vingt ans de la loi Doubin (6), que le droit de la franchise est un droit vivant, passionnant et en permanente évolution.

*François-Luc SIMON*

*Docteur en droit*

*Avocat au Barreau de Paris*

*Simon Associés*

*Membre du collège des experts de la Fédération française de la franchise*

(1) V. pour une analyse d'ensemble, F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Éditions Joly, février 2009, 593 p.

(2) G. Canivet, *Le contrat de franchise : un an d'actualité*, numéro spécial, LPA 2006, n° 224, p. 5.

(3) V. Lamanda, *Droit de la franchise*, numéro spécial, LPA 2007, n° 229, p. 7.

(4) J.-C. Magendie, *Un an d'actualité juridique en droit de la franchise*, numéro spécial, LPA 2008, n° 243, p. 5.

(5) Il faut entendre par là le droit des obligations, la technique contractuelle, le droit commercial, le droit des sociétés, le droit de la concurrence (interne et communautaire), le droit de la consommation, le droit de la propriété intellectuelle, le droit du travail, le droit des procédures collectives, le droit fiscal, le droit processuel, le droit international.

(6) Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, désormais codifiée aux articles L. 330-3 et suivants du Code de commerce.

## L'IDENTIFICATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

**1** La franchise s'est développée aux côtés des autres systèmes de distribution. Son essor récent et la volonté du législateur de conserver la souplesse de cette formule commerciale peuvent expliquer l'absence d'encadrement légal spécifique du contrat de franchise qui, de ce fait, n'est pas défini par nos lois, au contraire de bon nombre de contrats. Ainsi, aucune définition du contrat de franchise n'a été donnée par la loi Doubin ou son décret d'application (1). Une définition précise se dégage en jurisprudence, essentiellement inspirée de l'article 2.5 des lignes directrices sur les restrictions verticales (2) complétant le règlement n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 (3) et de l'article 1<sup>er</sup> du Code de déontologie européen de la franchise. Il appartient donc au juge, conformément au droit commun (4), de rechercher si le contrat conclu entre les parties correspond effectivement à un contrat de franchise.

Ce faisant, le juge est appelé à distinguer le contrat de franchise des contrats voisins issus du droit commercial (I) et du contrat de travail (II).

### I. Distinction du contrat de franchise et des contrats voisins

**2** Il convient de distinguer le contrat de franchise de contrats voisins intéressant le droit commercial (5) tels que, notamment, le contrat de distribution sélective, la licence de marque, le contrat de prêt d'enseigne, le contrat d'affiliation, le contrat de mandat d'intérêt commun, etc. Nous avons relevé lors des précédentes éditions de ce numéro spécial (6) les décisions distinguant le contrat de franchise d'autres catégories de contrat : le contrat de concession (7), le contrat de commission-affiliation (8), le contrat de licence de marque et de savoir-faire (9), le contrat d'agent commercial (10), le contrat de vente (11),

le contrat de mandat (12), le contrat d'agent commercial (13) et le contrat de partenariat commercial (14).

La présente étude complète les précédentes, en invitant à distinguer le contrat de franchise des contrats d'affiliation et de concession (A). Il nous faut dire également quelques mots sur la notion particulière de société créée de fait (B).

### A. Contrat de franchise et contrats usuels de droit commercial

**3** L'actualité juridique nous conduit à rappeler la distinction à opérer entre, d'une part, le contrat de franchise et, d'autre part, les contrats d'affiliation (1.) et de concession (2.).

#### 1. Contrat de franchise et contrat d'affiliation

Six décisions commentées : Cass. com., 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-14301, Juris-Data n° 2009-048751) ; CA Paris, 9 avril 2009 (RG n° 08/07996) ; Cass. com., 2 décembre 2008 (Juris-Data n° 2008-046125) ; CA Paris, 24 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-374079) ; CA Douai, 11 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-377142) ; CA Montpellier, 10 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-002221)

**4** Le contrat d'affiliation est la convention par laquelle se trouve recherchée une discipline commerciale des « affiliés », permettant d'obtenir des conditions plus avantageuses auprès de fournisseurs. Ce type de contrat peut inclure des dispositions relatives à une marque, une enseigne, ou encore une présentation commune des produits. Dans un tel cas, la ressemblance avec la franchise est forte : les affiliés, comme les franchisés, disposent de symboles communs (enseigne et marque) et bénéficient d'une assistance leur permettant de mettre en œuvre une stratégie commerciale commune.

(1) Ces textes sont désormais codifiés aux articles L. 330-3 et R. 330-1 et s. du Code de commerce.

(2) Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE Communication de la Commission n° C. 291 du 13 octobre 2000, p. 1-44.

(3) Règlement n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, § 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

(4) Par application de l'article 12, alinéa 2 du Code de procédure civile, en effet, le juge doit « donner ou restituer leur exacte qualification aux [...] actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Le juge doit procéder à cette rectification, en donnant à l'acte une qualification lorsque les parties ne l'ont pas fait, ou en restituant la qualification qui convient, lorsque les parties ont attribué à l'acte une qualification erronée (H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, T. III, n° 102) ; la règle donne lieu à un contrôle constant de la Cour de cassation (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, Juris-Data n° 2007-038905 : rendu au visa de l'article 12, alinéa 2 du Code de procédure civile (vente mobilière)). Par dérogation à ce qui précède, l'article 12, alinéa 3 du Code de procédure civile prévoit que le juge « ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ».

(5) Le contrat de franchise se distingue des autres contrats notamment des contrats cadres de distribution par la réunion de trois obligations essentielles : l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens, la communication par le franchiseur au 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 (v. notamment, en ce sens, CA Poitiers, 13 septembre 2005, Juris-Data n° 2005-287162).

(6) F.-L. Simon, LPA 2007, n° 229, Droit de la franchise, § 2 et s. ; LPA 2006, n° 224, Le contrat de franchise : un an d'actualité, § 5 et s.

(7) CA Poitiers, 13 septembre 2005, Juris-Data n° 2005-287162.

(8) Cass. com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 06-15970, inédit.

(9) CA Nîmes, 17 avril 2008, Juris-Data n° 2008-363533.

(10) CA Paris, 21 juin 2006, Juris-Data n° 2006-304912 ; CA Nîmes, 14 février 2006, Juris-Data n° 2006-301670.

(11) CA Colmar, 31 janvier 2006, Juris-Data n° 2006-304798.

(12) CA Lyon, 26 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-320959.

(13) CA Paris, 21 juin 2006, Juris-Data n° 2006-304912 ; CA Nîmes, 14 février 2006, Juris-Data n° 2006-301670.

(14) CA Paris, 19 juillet 2006, Juris-Data n° 2006-311531.

**5** Il ressort cependant de la jurisprudence que la méthode commerciale communiquée dans le cadre d'un contrat d'affiliation ne revêt pas toujours les caractères du savoir-faire transmis en application du contrat de franchise, soit un savoir-faire « identifié, secret, et substantiel », « constitué par un ensemble de techniques originales expérimentées par le franchiseur et que le franchisé n'aurait pu acquérir qu'après de longs efforts de recherches » (15).

**6** C'est en effet souvent le seul critère qui permet de distinguer ces deux contrats.

Ainsi, saisie d'une demande tendant à faire requalifier un contrat d'affiliation en contrat de franchise, fondée sur l'engagement du groupement à fournir aux affiliés des informations générales sur la conception et l'aménagement du magasin et une assistance technique quant à leur gestion, la Cour d'appel de Paris a débouté les demandeurs par un arrêt remarqué (16), au motif que si la dénomination de contrat d'affiliation donnée par les parties à la convention litigieuse ne paraît pas recouvrir exactement les obligations contractées de part et d'autres, ladite convention ne saurait être analysée en un contrat de franchise précisément en l'absence de toute référence dans les engagements souscrits à l'existence, la transmission et l'acquisition d'un savoir-faire spécifique, confidentiel et original, élément essentiel de toute convention de ce type. Ainsi, l'intérêt pour l'affilié de démontrer que les parties avaient entendu conclure un contrat de franchise et non un simple contrat d'affiliation est de mettre à la charge de son cocontractant une obligation de transmission d'un savoir-faire identifié, confidentiel et substantiel.

Par un arrêt du 24 septembre 2008, relatif à la situation inverse, dans laquelle un franchisé souhaitait obtenir la requalification de son contrat de franchise en contrat d'affiliation, la Cour d'appel de Paris (17) a souligné — à juste titre selon nous — qu'il n'y a pas lieu d'examiner si le contrat doit être requalifié en contrat d'affiliation et d'enseigne dès lors qu'il reprend les éléments essentiels du contrat de franchise, en particulier le savoir-faire. En l'espèce, le franchisé ne pouvait alléguer une absence de transmission du savoir-faire pour avoir participé à plusieurs reprises à des stages de formation et à des réunions de franchisés, puis bénéficié de conseils person-

nalisés et de l'assistance du franchiseur pour conduire des campagnes de publicité.

**7** On signalera enfin, pour mémoire, certaines des décisions intéressantes — quoique classiques — rendues en matière d'affiliation.

Ainsi, un arrêt rendu le 10 juin 2008 par la Cour d'appel de Montpellier (18) rappelle les conditions nécessaires à la mise en œuvre de l'action en soutien abusif. Un arrêt rendu le 11 septembre 2008 par la Cour d'appel de Douai (19) apporte des précisions utiles en matière de débauchage et d'imitation de documents publicitaires diffusés par la tête de réseau. On citera également, l'arrêt rendu le 2 décembre 2008 par la chambre commerciale de la Cour de cassation (20), approuvant une Cour d'appel d'avoir adopté, en matière d'affiliation, une solution voisine de celles que l'on rencontre en matière de franchise lorsque le cocontractant de la tête de réseau met prématurément fin à son contrat et procède à la vente de son fonds de commerce au profit d'un tiers concurrent connaissant — ou ne pouvant ignorer — la clause de non-réaffiliation figurant au contrat (21).

Enfin, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 9 avril 2009 (22) en matière de commission-affiliation nécessite une attention particulière. En l'espèce, un contrat de franchise avait été conclu initialement, auquel s'était ensuite substitué un « contrat d'affilié ». Ce contrat permettait à l'affilié d'utiliser la marque à titre d'enseigne et de disposer d'un stock de marchandises en consignation défini et financé par le commettant. Ce dernier résilie le contrat et le commissionnaire demande à ce qu'il soit requalifié en contrat d'agent commercial dans la mesure où, dans les faits, il se trouvait contractuellement tenu d'agir non seulement pour le compte mais aussi au nom du commettant. La Cour d'appel accueille la demande du commissionnaire, considérant que « la plupart des éléments susceptibles de composer le fonds de commerce appartenaient au commettant ou était étroitement contrôlés par celui-ci, spécialement l'enseigne et le stock » et que la mention contractuelle selon laquelle l'affilié est propriétaire du fonds de commerce est de pure forme « destinée seulement à faire échec à l'application du statut d'ordre public d'agent commercial ».

(15) CA Toulouse, 25 mai 2004, *Juris-Data* n° 2004-247226 ; CA Pau, 14 novembre 1991, *Juris-Data* n° 1991-050268.

(16) CA Paris, 31 mars 1993, *Juris-Data* n° 1993-021781 ; *RJDA* 7/13, n° 613.

(17) CA Paris, 24 septembre 2008, *RG* n° 06/04334 ; *Juris-Data* n° 2008-374079.

(18) CA Montpellier, 10 juin 2008, *Juris-Data* n° 2008-002221.

(19) CA Douai, 11 septembre 2008, *Juris-Data* n° 2008-377142.

(20) *Cass. com.*, 2 décembre 2008, *Juris-Data* n° 2008-046125, pourvois n°s 07-17539 et 07-19201.

(21) En l'espèce, estimant qu'une société affiliée avait manqué à ses obligations contractuelles, d'une part, en rompant avant le terme convenu deux contrats d'affiliation et d'approvisionnement et, d'autre part, en violant le pacte de préférence stipulé en sa faveur dans son contrat d'affiliation, la société cocontractante avait engagé une procédure d'arbitrage. Le Tribunal arbitral avait prononcé la résolution des deux contrats aux torts exclusifs de l'affiliée, avait dit que cette dernière avait violé le pacte de préférence et, en conséquence, l'avait condamnée à payer à son cocontractant des dommages-intérêts. Estimant que l'acquéreur du fonds de la société affiliée et celui des parts de cette même société s'étaient rendus complices des manquements de la société affiliée à ses obligations contractuelles, la Cour d'appel les a condamnés à payer à la société cocontractante à ce titre certaines sommes au titre de la violation du contrat d'approvisionnement, et de celle du pacte de préférence et de la clause de non-réaffiliation, stipulés dans le contrat d'affiliation. Après avoir relevé que l'achat par ces acquéreurs des parts et du fonds de commerce de la société affiliée avait pris effet exactement le lendemain de la prise d'effet de la rupture par cette dernière des contrats d'affiliation et d'approvisionnement la liant à la société demanderesse, l'arrêt en déduit que la juxtaposition de ces deux opérations n'est pas l'effet du hasard mais a été soigneusement étudiée et préparée. Ayant ainsi fait ressortir que les acquéreurs connaissaient les obligations contractuelles auxquelles l'affilié était tenu envers la société demanderesse, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil.

(22) CA Paris, 9 avril 2009, *RG* n° 08/07996.

## 2. Contrat de franchise et contrat de concession

Onze décisions commentées : CA Paris, 30 avril 2009 (RG n° 06/19191, inédit) ; 13 mars 2009 (Juris-Data n° 2009-377860) ; CA Aix-en-Provence, 26 février 2009 (Juris-Data n° 2009-003319) ; Cass. com., 10 février 2009 (pourvoi n° 07-21095) ; CA Paris, 21 janvier 2009 (Juris-Data n° 2009-003012) ; Cass. com., 16 décembre 2008 (pourvoi n° 07-21903) ; Cass. soc., 12 novembre 2008 (pourvoi n° 07-43256) ; CA Paris, 23 octobre 2008 (RG n° 06/09559) ; CA Dijon, 16 octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-371952) ; Cass. soc., 11 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-044385) ; CA Nîmes, 5 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-005056)

**8** Classiquement, le contrat de concession se définit comme « la convention par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel, appelé concédant, pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la surveillance de ce dernier, la distribution des produits dont le monopole de vente lui est concédé » (23). Plus récemment, les lignes directrices sur les restrictions verticales issues du droit communautaire (24) le définissent comme l'accord de distribution exclusive par lequel « le fournisseur accepte de ne vendre sa production qu'à un seul distributeur en vue de la vente sur un territoire déterminé ».

Ainsi, le contrat de franchise et le contrat de concession présentent des similitudes, ce qui n'a rien d'étonnant puisqu'ils appartiennent tous deux à la catégorie des contrats de distribution : le franchisé et le concessionnaire sont des commerçants indépendants (25) devant bénéficier de la transmission de signes distinctifs. Le parallèle est accru lorsque le contrat de franchise comporte une clause d'exclusivité territoriale, ce qui est fréquent.

Parmi les éléments notables différenciant le contrat de franchise et le contrat de concession (26), il convient de relever que le franchiseur transmet toujours son savoir-faire et fournit nécessairement une assistance, alors que le concédant n'y est pas obligé ; cette distinction

est notoire (27). Une décision récente (28), semblant parfois hésiter entre les deux notions (29), qualifie de contrat de concession la convention ne mettant à la charge de la tête de réseau aucune obligation d'assistance.

**9** De manière plus générale, on signalera enfin, pour mémoire, certaines des décisions intéressantes — quoique parfaitement classiques — rendues en matière de concession.

Ainsi, l'arrêt rendu le 16 décembre 2008 par la chambre commerciale de la Cour de cassation adopte une solution classique relativement à la question de l'abus du droit de résilier le contrat de concession (30). Un arrêt rendu le 30 avril 2009 par la Cour d'appel de Paris sanctionne le concédant, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, pour avoir mis brutalement fin à des relations commerciales (31). Un arrêt rendu le 23 octobre 2008 par la Cour d'appel de Paris rappelle opportunément que la clause sanctionnant par la perte d'exclusivité le manquement du concédant à son obligation de régler un montant annuel minimum de redevances ne saurait exonérer ce dernier de son obligation de paiement (32). Un arrêt rendu le 5 juin 2008 par la Cour d'appel de Nîmes (33) condamne un concédant ayant commis un soutien abusif, à payer une partie de l'insuffisance d'actif du concessionnaire et rejette la demande de compensation entre sa dette de dommages-intérêts due à l'ensemble des créanciers représentés par le mandataire judiciaire et la créance qu'il détient sur le débiteur, déclarée au passif de la procédure collective (34). Deux arrêts rendus les 11 juin et 12 novembre 2008 (35) par la chambre sociale de la Cour de cassation concernent l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Enfin, plusieurs décisions récentes portent sur les modalités d'extinction du contrat de concession, qu'il s'agisse de la question du non-renouvellement du contrat à durée déterminée (36), des conditions de la réorganisation d'un réseau de distribution (automobile) en vue de sa mise en conformité avec le règlement CE n° 1400/2002 du

[23] Cl. Champaud, *La concession commerciale*, RTD com., 1963, 451, n° 24.

[24] Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE Communication de la Commission n° C. 291 du 13 octobre 2000, p. 1-44.

[25] Néanmoins, dans certaines hypothèses, le franchisé est un artisan indépendant, et non un commerçant indépendant (Cass. com., 25 octobre 1994, pourvoi n° 93-11415, inédit).

[26] V. F.-L. Simon, *Le contrat de franchise : un an d'actualité*, LPA 2006, n° 224, numéro spécial, Avant-propos, par G. Canivet, n° 6 et s., p. 9-10.

[27] CA Paris, 29 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-353808 ; CA Poitiers, 13 septembre 2005, Juris-Data n° 2005-287162, commenté in F.-L. Simon, *Le contrat de franchise : un an d'actualité*, LPA 2006, n° 224, numéro spécial, Avant-propos, par G. Canivet, n° 6, p. 9 ; Cass. com., 4 juin 2002, pourvoi n° 99-19464, D. 2003, p. 2432, note D. Ferrier ; CA Versailles, 7 mars 2002, RG n° 2000/4401.

[28] CA Dijon, 16 octobre 2008, Juris-Data n° 2008-371952.

[29] En effet, cette décision fait successivement référence au concédant ou franchiseur pour désigner la même entité, semblant ainsi faire un amalgame entre les notions — pourtant bien distinctes — de franchise et de concession.

[30] Cass. com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-21903.

[31] CA Paris, 30 avril 2009, RG n° 06/19191.

[32] CA Paris, 23 octobre 2008, RG n° 06/09559.

[33] CA Nîmes, 5 juin 2008, Juris-Data n° 2008-005056.

[34] Cette solution est classique (v. par exemple, Cass. com., 28 mars 1995).

[35] Cass. soc., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-43256 ; 11 juin 2008, Juris-Data n° 2008-044385.

[36] CA Paris, 13 mars 2009, Juris-Data n° 2009-377860.

31 juillet 2002 (37), ou de l'application du délai abrégé de préavis prévu par l'article 5, § 3 de l'ancien règlement CE n° 1475/95 (38).

Une décision rendue par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence (39) concerne la théorie du mandat apparent. En l'espèce, un client, n'ayant pas été livré des marchandises qu'il avait commandées auprès du concessionnaire, cherchait à engager la responsabilité de la société concédante sur le fondement du mandat apparent dans la mesure où celle-ci apparaissait sur les bons et courriers qui lui avaient été adressés. Ainsi, le client soutenait qu'il avait légitimement cru que la société concédante était son cocontractant. La Cour d'appel rappelle à juste titre que si un franchisé peut être considéré « comme mandataire apparent du franchiseur du fait de son absence d'autonomie », la mention de la marque du concédant sur le bon de commande ne suffit pas en l'espèce à établir l'existence d'un mandat apparent.

## B. Contrat de franchise et société créée de fait

Une décision commentée : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 2008 (pourvoi n° 07-13043)

**10** La question du droit de l'époux ayant participé à l'activité commerciale de son conjoint à percevoir un paiement a toujours alimenté la jurisprudence. L'arrêt rendu le 3 décembre 2008 par la première chambre civile de la Cour de cassation (40) en offre une nouvelle illustration.

En l'espèce, non sans une certaine force d'imagination, l'ancienne épouse d'un franchisé avait assigné ce dernier aux fins d'obtenir, à titre principal, la liquidation de la société créée de fait dont elle soutenait l'existence, tout en réclamant, à titre subsidiaire, le paiement d'une somme d'argent sur le fondement de l'enrichissement sans cause (C. civ., art. 1371).

Pour mieux comprendre cette décision, rappelons que la preuve de l'existence d'une société « créée de fait » suppose la réunion de trois conditions, à savoir : l'existence d'un *affectio societatis*, la mise en commun des apports par les associés, ainsi que le partage à la fois des bénéfices et des pertes.

La Cour de cassation approuve opportunément la Cour d'appel d'avoir rejeté la demande de l'ancienne épouse du franchisé ; la motivation retenue est aussi claire que justifiée : « Mais attendu que la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche inopérante invoquée par le moyen, a souverainement estimé que (...) M<sup>me</sup> Z (...) ne démontrait pas l'existence d'une volonté commune des époux de s'associer sur un pied d'égalité en partageant les bénéfices et les pertes dès lors que le compte commercial de l'entreprise n'avait fonctionné que sous la signature de M. X, seul

inscrit au registre du commerce et signataire du contrat de franchise, que les tâches accomplies par M<sup>me</sup> Z ne se rapportaient pas à la responsabilité de la gestion du fonds, que les époux s'étaient mariés pendant leur activité sous le régime de la séparation de biens et que M. X avait acquis sans le concours de son épouse plusieurs biens immobiliers ».

Au vu des éléments de l'espèce, souverainement caractérisés par les juges du fond, l'*affectio societatis* faisait défaut et la société « créée de fait » n'existait donc pas.

## II. Distinction du contrat de franchise et du contrat de travail

**11** La jurisprudence admet parfois la requalification du contrat de franchise en contrat de travail (A). Cette hypothèse doit être distinguée de celle qui, en dehors de toute requalification du contrat de franchise, permet l'application des dispositions du Code du travail uniquement au dirigeant de la société franchisée (B).

### A. La requalification du contrat de franchise en contrat de travail

Quatre décisions commentées : CA Dijon, 23 avril 2009 (Juris-Data n° 2009-376577) ; CA Agen, 27 février 2009 (Juris-Data n° 2009-378158) ; Cass. soc., 16 décembre 2008 (pourvoi n° 06-46105) ; CA Paris, 6 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-372730)

**12** Les ressources inépuisables du Code du travail ont permis l'apparition, il y a quelques années, d'une jurisprudence consacrant la requalification du contrat de franchise en contrat de travail lorsque l'existence d'un « lien de subordination » est établie entre le franchiseur et son franchisé. On rappellera la règle de principe (1.) et son application concrète à la franchise (2.).

#### 1. Le principe

**13** Le juge ne doit pas se limiter aux termes que les parties ont employés dans leur contrat. En effet, l'existence d'une relation pouvant constituer un contrat de travail ne dépend ni de la volonté que les parties ont exprimée, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles l'activité des travailleurs est exercée ; cette solution bien connue (41) suscite une fascination constante (42).

La Cour de cassation veille aux requalifications trop hâtives et s'assure que le juge du fond a stigmatisé, dans l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui

[37] CA Paris, 21 janvier 2009, Juris-Data n° 2009-003012.

[38] Cass. com., 10 février 2009, pourvoi n° 07-21095.

[39] CA Aix-en-Provence, 26 février 2009, Juris-Data n° 2009-003319.

[40] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-13043.

[41] V. pour un rappel de principe, CA Toulouse, 13 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-327205 ; v. aussi, CA Grenoble, 1<sup>er</sup> septembre 2003, Juris-Data n° 2003-241377.

[42] V. pour une étude récente, E. Peskine, *Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie*, RD travail 2008, n° 6, p. 371.

sont soumis (43), les éléments caractéristiques du lien de subordination (44). Ce dernier est « caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné » (45), étant précisé que « l'intégration dans un service organisé constitue un indice du lien de subordination lorsque les conditions de travail sont unilatéralement déterminées par le cocontractant » (46).

Cette solution a été réaffirmée par arrêt rendu le 3 juillet 2008 par la Cour de cassation (47).

**14** Conformément à l'article 9 du Code de procédure civile, la charge de la preuve de l'existence d'un « lien de subordination » pèse sur celui qui l'invoque (48). Aussi, le franchisé doit-il combattre la présomption de l'article L. 120-3, alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, selon lequel « les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés (...) ainsi que les dirigeants des personnes morales immatriculées [audit registre] (...) sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ouvrage par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation ». Pour ce faire, le franchisé sollicite l'application de l'alinéa 2 du même article, selon lequel : « (...) l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les personnes citées au premier alinéa fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ouvrage dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci ».

**15** Ces règles ont conduit plusieurs décisions récentes à requalifier certains contrats commerciaux en contrat de travail. Il en a été ainsi

notamment d'un contrat d'agent commercial (49), d'un contrat de gérance-mandat signé entre un mandant franchisé et le gérant d'une société tierce chargée de gérer et d'assurer la direction d'un fonds de commerce (50), et de contrats de mandat (51).

Qu'en est-il de l'application de ces règles à la question de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail ?

## 2. L'application du principe à la franchise

**16** Les juges du fond procèdent à une analyse au cas par cas tendant à déceler — par la réunion d'indices précis, graves et concordants — l'existence du lien de subordination entre le franchiseur et le franchisé (52).

### a) Rejet de la requalification

**17** Les demandes de requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail sont le plus souvent rejetées (53).

La circonstance que le contrat de franchise permette au franchiseur d'assumer de nombreuses tâches afférentes à l'exploitation du fonds est en soi insuffisante. La solution est logique car les indications du franchiseur participent le plus souvent du savoir-faire ou de l'assistance que le contrat lui impose de transmettre aux franchisés, et procèdent donc de l'exécution normale du contrat de franchise.

Ainsi le franchisé conserve-t-il de toute évidence l'autonomie requise — et ne peut donc invoquer l'existence d'un contrat de travail à son profit — lorsqu'il :

— est dans l'impossibilité d'aménager les locaux à sa guise, le franchiseur exigeant une présentation uniforme des locaux (54) ;

[43] V. pour la reconnaissance expresse [et parfaitement justifiée] de ce pouvoir souverain d'appréciation : Cass. soc., 13 mai 2008, pourvoi n° 07-40466 ; Cass. com., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-40055, Juris-Data n° 2008-042459.

[44] Cass. soc., 22 mars 2007, Juris-Data n° 2007-038157.

[45] Cass. soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 04-40749 ; 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-45394.

[46] Cass. soc., 20 septembre 2006, Juris-Data n° 2006-035081 ; 23 novembre 2005, pourvoi n° 04-40749.

[47] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2008, pourvoi n° 07-15551.

[48] Cass. soc., 6 juin 2007, pourvoi n° 06-42951, Juris-Data n° 2007-039434 ; v. aussi, CA Montpellier, 26 novembre 2003, Juris-Data n° 2003-230351 ; CA Bordeaux, 18 septembre 2000, Juris-Data n° 2000-124897.

[49] Cass. soc., 27 septembre 2006, pourvois n°s 04-48589 et 04-48590.

[50] Cass. soc., 13 mai 2008, pourvoi n° 07-40466 ; 7 mai 2008, pourvoi n° 07-41896, inédit ; 27 mars 2008, pourvoi n° 07-12102, Juris-Data n° 2008-043419 ; v. aussi, CA Montpellier, 29 novembre 2006, Juris-Data n° 2008-328647 ; v. en sens contraire, Cass. soc., 6 juin 2007, pourvoi n° 06-42951, Juris-Data n° 2007-039434.

[51] Cass. com., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-40055, Juris-Data n° 2008-042459 : en l'espèce, une société avait conclu un contrat de « mandat » aux termes duquel elle prenait en charge la gestion d'un hôtel exploité en franchise par le mandant ; ses cogérants, soutenant qu'ils se trouvaient personnellement placés dans un état de subordination à l'égard du mandant dans l'exécution de leur travail, décidèrent en conséquence d'agir devant le juge prud'homal afin d'obtenir le paiement de salaires et de dommages-intérêts à leur profit. La Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a déduit des faits de l'espèce que les mandataires se trouvaient placés dans un état de subordination à l'égard du mandant et qu'ils étaient ainsi liés à celui-ci par un contrat de travail, sans qu'il soit nécessaire d'établir que la société constituée par les demandeurs avait un caractère fictif ; v. aussi, CA Montpellier, 24 octobre 2007, RG n° 07/00139, inédit : retenant que « la charge de la preuve de la co-existence d'un contrat de travail et d'un mandat social revient en principe à celui qui s'en prévaut c'est-à-dire au mandataire » et que « toutefois, lorsque le contrat de travail était antérieur à la nomination comme mandataire social, il incombe à la partie qui soutient qu'il a été mis fin au contrat de travail par la nomination du salarié à des fonctions de mandataire social d'en rapporter la preuve ».

[52] CA Paris, 6 novembre 2008, Juris-Data n° 2008-372730.

[53] V. notamment, Cass. soc., 22 mars 2007, Juris-Data n° 2007-038157 : pour condamner un franchiseur à payer des salaires et indemnités à l'un de ses franchisés et à le garantir au titre des condamnations prononcées au profit des salariés employés par ce dernier, une cour d'appel avait retenu que les circonstances ayant entouré l'entrée du franchisé dans le fonds de commerce et la conclusion d'un contrat de franchise révélaient l'existence d'un tel lien de subordination. La Cour de cassation a néanmoins cassé cette décision, au motif « qu'en statuant ainsi alors qu'il ne résulte de ses constatations, ni que M. X était soumis, dans l'exécution de son travail, à l'autorité d'un employeur ayant le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements, ni que ses conditions de travail étaient unilatéralement déterminées par le franchiseur, dans le cadre d'un service organisé, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ». ; v. aussi, CA Douai 27 mars 1992, Juris-Data n° 1992-042865 ; CA Bordeaux, 17 avril 1991, Juris-Data n° 1991-043846.

[54] CA Dijon, 30 juin 2005, Juris-Data n° 2005-283427.

- se trouve lié par une obligation de réassort automatique (55) ;
- dispose de moyens matériels (56) ;
- demeure libre de choisir la quantité de marchandises figurant dans la gamme de produits du franchiseur, de pratiquer un prix autre que celui conseillé, de céder son fonds de commerce et d'embaucher du personnel (57) ;
- assume en toute liberté le fonctionnement de l'établissement, qu'il exerce les prérogatives d'un chef d'entreprise à l'égard du personnel, qu'il n'est soumis à aucun horaire précis, n'a de compte à rendre à personne et aménage à sa guise ses périodes de congés (58).

Encore faut-il, en outre, que soit rapportée la preuve de l'exercice d'un pouvoir disciplinaire autorisant l'employeur à infliger des sanctions au sens de l'article L. 122-40 du Code du travail (59).

Ces solutions prévalent aussi bien dans la franchise de distribution que dans la franchise de service (60).

Dans la majeure partie des cas, il faut bien le dire, les obligations auxquelles les franchisés sont tenus tendent à imposer des règles communes à l'ensemble du réseau qui, destinées à obtenir d'eux la gestion rentable de leur magasin, n'entraînent à leur charge aucune sujétion de nature à les priver de l'indépendance qu'implique la qualité de commerçant (61).

**18** Il convient également de souligner l'importance des stipulations contractuelles dans la qualification.

Le souci d'organiser rigoureusement la distribution des produits ou services n'entraînera pas la qualification de contrat de travail si cette volonté s'exprime dans le respect de l'indépendance du franchisé. Celle-ci doit ressortir des clauses énonçant les obligations qui s'imposent au franchisé dans le prolongement du savoir-faire qui lui est transmis. Ces obligations doivent en effet découler des contraintes inhérentes au transfert d'un savoir-faire, ce dont il doit normalement résulter que les obligations considérées créent, à la charge du franchisé (ou des gérants et associés de la société franchisée), une contrainte compatible avec sa qualité de commerçant indépendant. Pour qu'il en soit ainsi, les obligations imposées au franchisé ne doivent pas concerner l'organisation même de son travail, le pou-

voir de direction caractéristique de la qualité d'employeur s'exerçant, avant tout, sur les modalités de déploiement d'une prestation de travail.

## b) Admission de la requalification

**19** Les hypothèses où les juridictions ont procédé à la requalification du contrat de franchise en contrat de travail correspondent à des cas extrêmes, dans lesquels plusieurs indices de subordination étaient réunis (62) ; dans ces affaires, les franchisés étaient parvenus à démontrer, par l'accumulation de tels indices, que le choix de la forme du contrat de franchise avait pour but de se soustraire aux règles du droit social.

Par un arrêt du 6 novembre 2008, la Cour d'appel de Paris (63) a reconnu l'existence d'un contrat de travail au bénéfice d'un prétendu « franchisé » lié par un contrat de franchise à plusieurs sociétés pour assurer la distribution de colis par camion. En l'espèce, l'organisation mise en place lui imposait de respecter les consignes émanant des trois sociétés partenaires qui concouraient à l'organisation du travail, l'une de ces sociétés élaborant en particulier les tournées et une autre les itinéraires ainsi que le montant des frais de fonctionnement à déduire des sommes dues par les clients.

**20** Si, ainsi qu'on vient de le voir, le contrat de franchise peut être requalifié en contrat de travail, un arrêt rendu le 16 décembre 2008 par la chambre sociale de la Cour de cassation (64) apporte un éclairage particulier en raison de la liquidation judiciaire dont le franchisé avait fait l'objet. Sollicitant la requalification de contrats de franchise en contrat de travail, le liquidateur faisait grief aux juges du fond d'avoir écarté l'argument selon lequel « les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine [sont] exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur » et qu'en conséquence ledit liquidateur pouvait « exercer l'action en requalification du contrat de franchise en contrat de travail, une telle action concernant le patrimoine du débiteur ». La Cour de cassation approuve la Cour d'appel au motif que « la demande en requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié et ne peut être exercé par les organes de la procédure collective ».

[55] CA Dijon, 30 juin 2005, *Juris-Data* n° 2005-283427.

[56] CA Paris, 30 novembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-351588 : soulignant que le fait que le franchisé ait disposé de moyens matériels ne suffit pas à lui seul à lui conférer la qualité de salarié.

[57] CA Dijon, 30 juin 2005, *Juris-Data* n° 2005-283427.

[58] CA Rennes, 13 décembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-292457. Au contraire, la définition très précise des missions du demandeur (locataire-gérant du franchisé dans les espèces considérées), sa faible marge de manœuvre, notamment dans le cadre du paiement du personnel, ainsi qu'un contrôle très fréquent du cocontractant sur la gestion, constituent des indices de subordination juridique [CA Paris, 15 novembre 2007, RG n° 07/02167, inédit et 28 juin 2007 (deux arrêts), RG n°s 06/13483 et 06/13743, inédits].

[59] CA Rennes, 13 décembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-292457.

[60] CA Paris, 30 novembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-351588 : il s'agissait en l'espèce d'une franchise ayant pour activité principale le conseil en fusions et acquisitions.

[61] CA Bordeaux, 13 novembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-353158.

[62] CA Dijon, 23 avril 2009, *Juris-Data* n° 2009-376577 ; CA Caen, 27 février 2009, *Juris-Data* n° 2009-378158 ; v. CA Douai, 23 novembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-325137 (horaires et prix imposés par le prétendu franchiseur, qui établissait les contrats avec la clientèle et la développait seul) et CA Toulouse, 13 octobre 2006, *Juris-Data* n° 2006-327205 [développement de la clientèle, fixation des horaires, fixation et perception des prix par le prétendu franchiseur, pouvoir de sanction sur le prétendu franchisé...] ; v. aussi, CA Paris, 19 novembre 1997, *Juris-Data* n° 1997-024318.

[63] CA Paris, 6 novembre 2008, *Juris-Data* n° 2008-372730.

[64] Cass. soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 06-46105.

Autrement dit, le liquidateur d'une société franchisée ne peut pas exercer l'action en requalification du contrat de franchise en contrat de travail.

## B. L'application des règles du Code du travail en dehors de toute requalification

**Dix-neuf décisions commentées : Cass. soc., 25 mars 2009 (pourvoi n° 07-41242, Juris-Data n° 2009-047554) ; CA Agen, 9 décembre 2008 (Juris-Data n° 2008-006018) ; Cass. soc., 18 juin 2008 (pourvois n°s 06-46478 à 06-46494, dix-sept arrêts, jonction)**

**21** En dehors même de toute requalification du contrat de franchise en contrat de travail, les dispositions du Code du travail peuvent s'appliquer conformément à l'article L. 7321-1 du même Code. L'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 et les décrets n° 2008-243 (décret en conseil des ministres) et n° 2008-224 (décret en Conseil d'État) du 7 mars 2008, ont en effet procédé à la recodification du Code du travail, la partie législative du Code du travail étant entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008.

Pour la clarté de l'exposé, on rappellera le texte du nouvel article L. 7321-1 du Code du travail dont les conditions d'application sont comparables à celles de l'ancien article L. 781-1, 2° (1.) ; surtout, on soulignera l'importance des décisions récentes rendues en la matière qui, selon les cas, confirment des solutions connues ou en précisent la portée (2.).

### 1. Conditions d'application du nouvel article L. 7321-1 du Code du travail

**22** Selon l'ancien article L. 781-1, 2° du Code du travail, les dispositions du Code du travail visant les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs étaient applicables « aux personnes dont la profession consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle et commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise ».

Lorsque les conditions requises par l'article L. 781-1, 2° du Code du travail étaient réunies (65), ce texte trouvait à s'appliquer quelles

que soient les énonciations du contrat et, surtout, « sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination ». La jurisprudence rendue en application de l'article L. 781-1, 2° du Code du travail a par ailleurs favorisé une application généralisée de ce texte (66) ; en particulier, l'argument selon lequel le franchisé avait exercé son activité au travers d'une société était opérant (67).

Le franchisé ne pouvait toutefois revendiquer à son profit l'existence d'un contrat de travail : le franchisé, personne physique, peut en effet bénéficier des dispositions protectrices du droit social, néanmoins le contrat de franchise demeure ; il n'est procédé à aucune requalification. Alors que la chambre sociale de la Cour de cassation n'a eu de cesse de rappeler cette évidence (68), certaines juridictions du fond ont néanmoins persisté à considérer que l'application de ce texte emporterait « requalification » du contrat de franchise en contrat de travail (69).

**23** On le sait, l'ancien article L. 781-1 du Code du travail a été remplacé par les articles L. 7321-1 et L. 7321-2 du même Code, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008.

L'article L. 7321-1 du Code du travail énonce désormais que les règles dudit Code sont applicables aux gérants de succursales, sous réserves de certaines dispositions (70).

Or l'article L. 7321-2 du Code du travail définit parallèlement le gérant de succursale de la manière suivante : « Est gérant de succursale toute personne :

1) Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ;

2) Dont la profession consiste essentiellement :

a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise (71) ;

**[65]** Cass. soc., 21 février 2007, Juris-Data n° 2007-037640 ; 8 février 2005, Juris-Data n° 2005-026941 ; 4 décembre 2001 (deux arrêts), Juris-Data n°s 2001-012006 et 2001-012007 ; v. aussi, CA Nîmes, 13 décembre 2006, Juris-Data n° 2006-324576 ; Cons. prud'h. Toulouse, 28 juin 2005, RG n°s 03/01366 et 03/01367, inédits (deux jugements).

**[66]** Encore faut-il que ce texte soit invoqué devant le juge du fond (Cass. soc., 18 octobre 2007, pourvoi n° 06-45344, inédit).

**[67]** Cass. soc., 21 février 2007, Juris-Data n° 2007-037640 ; CA Nîmes 13 décembre 2006, Juris-Data n° 2006-324576.

**[68]** Cass. soc., 8 février 2005, Juris-Data n° 2005-026941 ; CA Aix-en-Provence, 5 octobre 2005, RG n° 05/210, inédit ; v. aussi, CA Nîmes, 20 décembre 2002, Juris-Data n° 2002-199407.

**[69]** CA Dijon, 30 juin 2005, Juris-Data n° 2005-283427 ; Cons. prud'h. Toulouse, 28 juin 2005, RG n°s 03/01366 et 03/01367, inédits (deux jugements) ; CA Montpellier, 15 décembre 2004, Juris-Data n° 2004-265655 ; CA Toulouse, 9 décembre 2004, Juris-Data n° 2004-269354 ; CA Nancy, 4 décembre 2002, Juris-Data n° 2002-206150. Plus prudemment, certaines décisions récentes ont retenu l'existence d'un lien de subordination, caractéristique d'un contrat de travail, tout en faisant application de l'article L. 781-1 du Code du travail (CA Toulouse, 13 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-327205 ; CA Aix-en-Provence, 21 juin 2006, Juris-Data n° 2006-311567).

**[70]** Ces dispositions sont celles du titre II, du livre III de la septième partie de la partie législative du Code du travail.

**[71]** On notera que depuis la dernière édition de ce numéro spécial, cet alinéa a été modifié à deux reprises, afin d'en limiter le champ d'application : tout d'abord par la LME (loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) laquelle a précisé que le gérant doit avoir exercé dans le local fourni ou agréé par l'entreprise, et à ses conditions ou prix, puis plus récemment par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, disposant que pour que le gérant de succursale puisse se voir appliquer les règles du Code du travail, l'entreprise doit lui imposer à la fois les conditions et les prix, alors que le texte introduit par la LME prévoyait que ces conditions étaient seulement alternatives.

b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ».

Les dispositions précitées reprennent peu ou prou à elles deux le contenu de l'ancien article L. 781-1 du Code du travail. Aussi, les juridictions devraient-elles appliquer l'article L. 7321-2, 2° dans les mêmes conditions (72) que l'ancien article L. 781-1, alinéa 1, 2° (73).

## 2. Effets de l'application du nouvel article L. 7321-1 du Code du travail

**24** Il n'est pas inutile de rappeler les conséquences de l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail (anciennement l'article L. 781-1 du même Code) : si elle n'emporte pas à proprement parler requalification du contrat de franchise en contrat de travail (a), l'application de ce texte est très lourde de conséquences en pratique (b).

### a) Absence de requalification

**25** Contrairement à ce que laissent penser certaines décisions rendues par les juridictions du fond (74), les articles L. 7321-1 et L. 7321-2 du Code du travail (anciennement l'article L. 781-1), n'opèrent pas à proprement parler une « requalification » du contrat en contrat de travail. Ceci est notamment justifié par le fait qu'il n'est pas obligatoire, pour l'application de l'article L. 7321-1 du Code du travail, qu'un lien de subordination existe.

Ainsi, lorsque les conditions d'application du texte sont remplies, le franchisé reste lié par un contrat de franchise tout en bénéficiant — en raison de son état de dépendance économique (75) — des dispositions protectrices du droit du travail.

**26** Les décisions requalifiant le contrat de franchise en contrat de travail sur le fondement de l'article L. 781-1 du Code du travail

(aujourd'hui remplacé par les articles L. 7321-1 et L. 7321-2 du même Code) sont critiquables en ce qu'elles admettent qu'un contrat de travail puisse exister en dehors d'un lien de subordination. Cette considération est contraire à la notion même de contrat de travail et, au-delà, au mécanisme des qualifications juridiques. Certes, existe-t-il des « salariés par détermination de la loi » (les VRP, les journalistes, les mannequins, etc.), autrement dit des catégories professionnelles qui reçoivent, de source légale expresse, le titre de salarié, alors même qu'elles n'exercent pas leur activité en situation de subordination. Mais il s'agit de situations hautement dérogatoires, réservées au seul domaine de la loi, que la jurisprudence n'est pas habilitée à contrarier. Il n'existe pas de salariés « par détermination de la jurisprudence », et il convient donc de ne pas qualifier de « contrat de travail » une relation contractuelle dans laquelle fait défaut le pouvoir de subordination du créancier d'un travail à l'égard du débiteur (76). À ce titre, il convient de rappeler que le législateur n'a pas profité de la réforme du 12 mars 2007 pour instituer un nouveau salarié par détermination de la loi ; en effet, si les personnes répondant aux critères ci-dessus exposés sont aujourd'hui légalement qualifiées de « gérants de succursales », le titre II du livre III de la septième partie du Code du travail, qui leur est consacré, ne contient aucune disposition relative à un quelconque contrat de travail, alors que le titre précédent, consacré au VRP, contient un chapitre III concernant le seul contrat de travail.

### b) Application des règles issues du Code du travail

**27** Si la juridiction saisie constate que les conditions exigées sont remplies, le franchisé aura la qualité de gérant de succursale, en vertu de l'article L. 7321-2 du Code du travail. En conséquence, par application de l'article L. 7321-1, les dispositions dudit Code lui seront applicables, sous réserve de quelques dispositions spéciales.

Ainsi, le franchisé pourra notamment revendiquer à son profit :

— des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (77) ;

[72] Trois conditions cumulatives doivent, selon ce texte, être vérifiées pour que le franchisé soit qualifié de gérant de succursale et bénéficie à ce titre des dispositions du Code du travail. En premier lieu, la profession du franchisé doit consister essentiellement, « soit à vendre des marchandises de toute nature qui [lui] sont fournies exclusivement ou presque exclusivement » par le franchiseur, « soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter » pour le compte du franchiseur. En deuxième lieu, le local du franchisé doit être « fourni ou agréé » par le franchiseur. Or il est fréquent que le franchiseur agréé le local choisit par le franchisé : cette démarche est souvent nécessaire à la conservation de l'image du réseau, dont le contrôle par le franchiseur est légitime. En troisième lieu, les conditions de travail et les prix doivent être imposés par le franchiseur.

[73] Déjà longtemps avant les inquiétudes provoquées par l'article L. 7321-2 du Code du travail, la doctrine s'était inquiétée de l'application de l'article L. 781-1, 2° du Code du travail aux contrats de distribution. V. J.-M. Mousseron, *La loi du 21 mars 1941, une loi en expansion ?*, Cah. dr. entr. 1978, n° 2 [force est pourtant de constater que cette application n'a pas « sonné le glas » desdits contrats, comme le craignaient les auteurs cités par J.-M. Mousseron]. V. également, pour une critique de son application aux franchises de distribution Ph. le Tourneau, *op. cit.*, n° 314 p. 143.

[74] CA Toulouse, 26 octobre 2006, RG n° 05/04686, inédit ; CA Dijon, 30 juin 2005, Juris-Data n° 2005-283427 ; Cons. prud'h. Toulouse, 28 juin 2005, RG n°s 03/01366 et 03/01367, inédits (deux jugements) ; CA Montpellier, 15 décembre 2004, Juris-Data n° 2005-265655 ; CA Toulouse, 9 décembre 2004, Juris-Data n° 2004-269354 ; CA Nancy, 4 décembre 2002, Juris-Data n° 2002-206150.

[75] L. Leveueur, *Application du droit du travail à un franchisé sans qu'il soit nécessaire d'établir un lien de subordination*, note sous Cass. soc., 4 décembre 2001, JCP E 2002, n° 953, p. 1054 et H. Kenfack, *Le prix de la dépendance : l'application des dispositions du Code du travail à une relation commerciale*, note sous Cass. soc., 4 décembre 2001, D. 2002, p. 1934 ; E. Peskine, *Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie*, RD travail 2008, p. 37.

[76] V. F.-L. Simon, *Droit de la franchise*, LPA 2007, n° 229, numéro spécial, Avant-propos, par V. Lamanda, n° 20, p. 12.

[77] CA Toulouse, 26 octobre 2006, RG n°s 05/04688, 05/04690, 05/04696, 05/04698, 05/04685, 05/04686, 05/04687, 05/04692, 05/04689, 05/04684 et 05/04683, inédits (onze arrêts).

- une indemnité compensatrice de préavis (78) ;
- une indemnité de congés payés (79) ;
- la garantie du salaire minimum prévu par la convention collective applicable (80) ;
- le remboursement des frais de constitution d'une société à laquelle le franchisé aura été contraint de procéder (81) ;
- le remboursement du droit d'entrée réglé lors de la conclusion du contrat de franchise (82).

De même, la requalification du contrat de franchise en contrat de travail peut également entraîner, sous certaines conditions, la constitution du délit de travail dissimulé (83), défini et exercé dans les conditions prévues par l'article L. 324-10 du Code du travail (84), et réprimé aux articles L. 362-3 (85) et suivants du même Code.

**28** À l'occasion d'un arrêt rendu le 18 juin 2008 (86), la Cour de cassation a confirmé la solution selon laquelle le franchisé peut notamment revendiquer à son profit une indemnité de congés payés.

En l'espèce, les juges du fond avaient fait droit à la demande fondée sur l'article L. 781-1-2° du Code du travail, tout en rejetant la demande de congés payés y attachée (87). La chambre sociale de la Cour de cassation casse et annule les arrêts objets des pourvois en ces termes : « en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur n'avait pas mis en place un système de congés payés conforme aux dispositions légales, la Cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés ».

**29** Par arrêt du 9 décembre 2008 (88), la Cour d'appel d'Agen retient que le franchisé (dont le contrat de franchise a donné lieu à

l'application de l'article L. 781-1-2° du Code du travail) qui n'a pu bénéficier de congés payés par la faute du franchiseur (réputé employeur du fait de l'application du texte précité), et a été contraint de travailler en lieu et place de ces congés, a droit à une indemnité compensant le préjudice qui en est résulté, peu important que les salaires et les congés payés ne puissent être cumulés pour la même période ; l'arrêt précise qu'une telle créance indemnitaire, qui résulte de l'impossibilité pour le salarié d'exercer le droit à congé annuel pendant la période de congés payés, du fait de l'employeur, n'est pas soumise à la prescription quinquennale applicable au salaire.

**30** Les dispositions de l'article L. 7321-1 du Code du travail ne s'appliquent pas exclusivement en matière de franchise. Elles ont par exemple été appliquées à un contrat de gérance libre d'un fonds de commerce par un arrêt du 19 février 2009 (89) ; dans cette espèce, les juges du fond se sont attachés à vérifier que chacune des conditions d'application de ce texte était remplie, tout en rappelant que le lien de subordination n'était pas une condition d'application de ce texte. La décision est actuellement frappée d'appel.

**31** Par arrêt du 25 mars 2009 (90), la Cour de cassation avait à connaître d'une situation où un contrat de gérance libre avait succédé à un contrat de franchise signé entre les mêmes parties. Au terme d'une procédure relativement longue, le gérant avait obtenu l'application des articles précités.

Une première question subsistait néanmoins : l'ancienneté, qui détermine les indemnités de licenciement et de préavis, remontait-elle à la signature du contrat de franchise ou à celle du contrat de gé-

**[78]** CA Nîmes, 9 mai 2007, *Juris-Data* n° 2007-340953 ; 10 janvier 2007, *Juris-Data* n° 2007-334649 : précisant que l'ancienneté à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement due au travailleur doit être celle remontant à la date du premier contrat de franchise ; v. aussi, Cass. soc., 14 décembre 2006, pourvoi n° 05-40844, inédit ; CA Toulouse, 9 décembre 2004, *Juris-Data* n° 2004-269354.

**[79]** Cass. soc., 14 décembre 2006, pourvois n°s 05-40842, 05-40843 et 05-40844, inédits (trois arrêts).

**[80]** CA Toulouse, 26 octobre 2006, RG n°s 05/04688, 05/04690, 05/04696, 05/04698, 05/04685, 05/04686, 05/04687, 05/04692, 05/04694, 05/04689 et 05/04683, inédits (onze arrêts) : la rémunération du franchisé (soit en réalité son résultat net) est comparée avec le salaire minimum, et la différence lui est allouée le cas échéant ; les heures supplémentaires sont prises en compte.

**[81]** CA Nîmes, 9 mai 2007, *Juris-Data* n° 2007-340953.

**[82]** Cass. soc., 14 décembre 2006, pourvoi n° 05-40844, inédit (cassant CA Toulouse, 9 décembre 2004, *Juris-Data* n° 2004-269354) : « la créance relative au remboursement du droit d'entrée se rattachait à l'exécution du contrat de travail » ; CA Toulouse, 13 octobre 2006, *Juris-Data* n° 2006-327205 : retenant, au contraire, que la créance résultant de ce préjudice n'est pas susceptible d'être garantie par l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS) ; Cass. soc., 25 février 1998, pourvoi n° 95-44096, *Bull. civ. V*, n° 106.

**[83]** V. notamment, pour une application récente, CA Douai, 23 novembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-325137.

**[84]** Selon ce texte, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait, pour tout employeur, de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités prévues aux articles L. 143-3 (remise d'un bulletin de paie) et L. 320 (déclaration d'embauche auprès des organismes de protection sociale) du même Code.

**[85]** Selon ce texte, « toute infraction aux interdictions définies à l'article L. 324-9 est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45.000€ d'amende ».

**[86]** Cass. soc., 18 juin 2008, pourvois n°s 06-46478 à 0646.494 (jonction), inédit.

**[87]** CA Toulouse, 26 octobre 2006, inédit : « l'indemnité compensatrice de congés payés est un substitut du salaire qui, pour une période déterminée, ne peut se cumuler avec le salaire versé pendant cette période, sauf à pouvoir prétendre à des dommages-intérêts si le salarié établit que les congés payés n'ont pu être pris par la faute de son employeur ; [...] dans la mesure où le contrat de « franchise » permettait au « franchisé » d'organiser son remplacement, l'obligation contractuelle de livrer en toutes circonstances est insuffisante à démontrer un empêchement sur ce point susceptible d'être imputé à l'employeur ».

**[88]** CA Agen, 9 décembre 2008, *Juris-Data* n° 2008-006018.

**[89]** CA Paris, 19 février 2009, RG n° 08/10255.

**[90]** Cass. soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-41242 ; *Juris-Data* n° 2009-047554.

rance libre ? Sur ce premier point, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir considéré que l'ancienneté remontait à la signature du contrat de franchise, dès lors que, précise la Haute juridiction, « tant le contrat de franchise que le contrat de gérance libre avaient pour même objet de vendre des produits (...) dans un magasin (...) exploité dans des conditions uniformes ».

Se posait en outre la question de l'applicabilité de la convention collective. La Cour d'appel avait retenu que l'ex-franchisé ne pouvait

revendiquer à son profit les dispositions d'une convention collective. Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation considère qu'« en statuant ainsi, alors que les travailleurs visés à l'article L. 781-1 du Code du travail devenu les articles L. 7321-1 et L. 7321-3 bénéficient des dispositions de ce Code et notamment de celles du titre V, livre II relatif aux conventions collectives et que par suite ils bénéficient de la convention collective à laquelle est soumis le chef d'entreprise qui les emploie, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Commandez tous vos livres de droit  
sur **www.lgdj.fr**



EXPEDITION  
24 H  
CHRONO

Librairie  
**Lgdj.fr**

## LA FORMATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

**32** L'enjeu qui préside à la formation du contrat de franchise n'est pas sans conséquence pour les parties. Le franchisé effectue des investissements importants et s'endette le plus souvent. Le franchiseur révèle à son cocontractant le secret de son savoir-faire auquel son activité commerciale et ses recherches ont donné naissance ; la conclusion d'un contrat de franchise déterminé peut même revêtir une dimension stratégique pour le franchiseur. Aussi, la période qui précède la conclusion de leur accord comprend en certaines circonstances une phase de négociation, qui peut donner lieu à la conclusion d'accords préalables comportant des obligations de nature et d'intensité variables ; le succès de ces négociations aboutit à la conclusion du contrat de franchise proprement dit, dont les conditions de validité nécessitent un examen approfondi.

La jurisprudence commentée dans le cadre de la présente étude fournit de nombreuses précisions tenant à la phase de l'entrée en pourparlers (I) et aux conditions requises pour la validité du contrat de franchise (II).

### I. L'entrée en pourparlers

Six décisions commentées : TGI Paris, ord. réf., 11 juin 2009 (RG n° 09/52384) ; CA Paris, 29 avril 2009 (Juris-Data n° 2009-006977) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009 (pourvoi n° 08-11326) ; 25 mars 2009 (pourvoi n° 08-12237) ; Cass. com., 17 mars 2009 (pourvoi n° 08-12380) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 janvier 2009 (pourvoi n° 07-20783)

**33** L'entrée en pourparlers peut aboutir soit à un accord des parties (B), soit, au contraire, à la rupture des pourparlers par le franchiseur ou le candidat franchisé (A).

#### A. La rupture des pourparlers

**34** Dans ce domaine, les décisions rendues en matière de franchise sont relativement rares (1), et ce alors même qu'en droit commun, la jurisprudence fournit de nombreuses illustrations de ruptures de pourparlers (2). Celle-ci peut intervenir en dehors de tout lien contractuel (1.). Elle peut également intervenir dans le cadre « d'avant-contrats » dont l'objet est de régir la période pré-contractuelle (2.). Cette distinction s'impose d'autant plus que la nature de la responsabilité sera différente dans chacun de ces deux cas. On évoquera enfin les précautions pouvant être envisagées par le franchiseur (3.).

En dehors de tout avant-contrat, le principe est celui de la liberté de rompre les négociations. Cependant, les parties pourraient voir leur responsabilité engagée dans l'hypothèse où elles les abuseraient de cette liberté : l'obligation de bonne foi dans l'exécution des conventions prévue par l'article 1134 du Code civil s'étend, selon la doctrine, aux pourparlers. Ainsi, dans certaines circonstances, le comportement de l'une des parties emporte pour elle une obligation de négocier. La Cour de cassation a consacré cette théorie dans un arrêt rendu par sa chambre commerciale le 20 mars 1972 (3), et a plusieurs fois confirmé sa position depuis cette date (4), suivie par les juridictions du fond (5).

#### 1. Rupture de pourparlers en dehors de tout lien contractuel

Le contrat projeté n'ayant, par définition, pas été conclu, et l'obligation de négocier de bonne foi n'ayant pas ici une origine contractuelle, la responsabilité de l'auteur de la rupture est de nature délictuelle ou quasi-délictuelle : elle est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil (6).

La jurisprudence commentée par notre précédente étude (7) a établi que la rupture de pourparlers contractuels est constitutive d'une faute non seulement lorsqu'elle a lieu avec brutalité et sans raison valable, mais aussi lorsqu'elle s'accompagne d'un manquement quelconque à la bonne foi, ou à la loyauté contractuelle.

Le fondement de l'abus du droit de rompre étant la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, aucun seuil minimum de gravité de la faute ne peut en effet être exigé : toute faute et toute négligence dans les circonstances entourant la rupture des pourparlers est de nature à entraîner la responsabilité de son auteur. En conséquence, la jurisprudence n'exige pas la démonstration d'une faute revêtant des caractères particuliers ; ainsi, si elle considère que la rupture abusive peut être caractérisée par l'intention de nuire (8), selon une

(1) V. toutefois, CA Paris, 17 avril 2008, Juris-Data n° 2008-365333 ; Cass. com., 26 mars 2008, pourvoi n° 07-11026, inédit ; CA Paris, 6 avril 2007, Juris-Data n° 2007-338132 ; CA Nîmes, 10 octobre 2006, RG n° 04/04182 ; CA Grenoble, 28 février 2002, Juris-Data n° 2002-179643 ; CA Aix-en-Provence, 30 mars 2001, Juris-Data n° 2001-145087 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> juin 1995, Juris-Data n° 1995-022850 ; CA Paris, 28 février 1995, Juris-Data n° 1995-021263 ; CA Poitiers, 2 novembre 1994, Juris-Data n° 1994-053428 ; Cass. com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-19456, inédit ; CA Montpellier, 18 mars 1993, Juris-Data n° 1993-034026.

(2) V. par exemple l'abondante jurisprudence citée dans : J.-Cl., Civil Code, art. 1146 à 1155, fasc. 16-10, Droit à réparation, 2002, pts 27 et s.

(3) Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93.

(4) V. notamment, Cass. com., 8 novembre 2005, Juris-Data n° 2005-030701.

(5) V. notamment, CA Aix-en-Provence, 14 janvier 1997, Juris-Data n° 1997-040104.

(6) V. Cass. com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-21216 ; v. J.-P. Viennois, Contrats de distribution - Règles communes aux différents contrats de distribution, J.-Cl. Commercial, fasc. n° 303, 2004, § 29 à 31.

(7) Cass. com., 26 mars 2008, pourvoi n° 07-11026, inédit.

(8) V. notamment, CA Paris, 6 avril 2001, Juris-Data n° 2001-338132 ; 31 janvier 2001, Juris-Data n° 2001-136755.

jurisprudence désormais classique (9), il ne s'agit pas d'une condition de l'engagement de la responsabilité délictuelle sur le fondement de la rupture abusive : la mauvaise foi suffit en effet à fonder cet abus (10), ce qui est également le cas de la légèreté blâmable (11).

En dépit de l'absence de seuil minimum de gravité de la faute constituant l'abus dans la rupture des négociations, le principe demeure celui de la liberté : la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée que si sa faute, fut-elle légère, est prouvée.

D'après les arrêts rendus en la matière, la légèreté blâmable semble être caractérisée par la rupture brutale de pourparlers prolongés (12). La jurisprudence semble exiger, lorsque les pourparlers ont été longs, la démonstration de l'existence de motifs légitimes justifiant la rupture (13). La caractérisation de la mauvaise foi exige, outre ces critères, la démonstration de la volonté de l'auteur de la rupture de faire croire à son partenaire que la conclusion du contrat aura lieu (14).

Toutefois, la rupture des pourparlers précontractuels, serait elle fautive, ne saurait obliger son auteur à indemniser l'autre partie de la perte de chance de tirer profit du contrat négocié. Cette solution est constante (15) et a d'ailleurs été récemment rappelée (16).

Dans tous les cas, la faute s'apprécie — et c'est bien normal — *in concreto* (17).

## 2. Rupture de pourparlers en présence d'un avant-contrat

**36** Les parties peuvent choisir de conclure un avant-contrat, dont la pratique a créé de nombreuses formes. Ce dernier met à la charge des partenaires des obligations soit uniquement de négocier de bonne foi, soit de conclure ultérieurement le contrat de franchise. Le plus couramment l'avant-contrat conclu entre le franchiseur et le candidat franchisé est constitué par un accord de principe, une lettre d'intention, un contrat de réservation, ou encore un pacte de préférence.

Lorsque les parties ont conclu une convention de négociation, elles ont contracté l'obligation de négocier. Cette obligation, selon une partie de la doctrine, est une obligation de résultat, par opposition à celle d'aboutir au contrat projeté, qui n'est qu'une obligation de moyens. En conséquence, le fait pour une partie de mettre fin aux pourparlers, sans explication et sans s'être montrée sérieuse dans le cadre des négociations, est de nature à entraîner sa responsabilité contractuelle.

Dans un arrêt récent du 17 mars 2009 (18), la Cour de cassation a jugé une affaire dans laquelle les parties avaient signé un protocole d'accord en vue de la conclusion d'un contrat de franchise, laquelle était soumise à l'accord préalable du comité du franchiseur. Avant que ledit comité ait donné son accord, le candidat franchisé a indiqué au franchiseur qu'il ne souhaitait plus conclure le contrat de franchise. La Cour de cassation considère que la responsabilité du candidat franchisé n'est pas engagée pour avoir mis fin aux pourparlers, aux motifs d'une part, qu'avant l'agrément du comité du franchiseur, le candidat franchisé restait libre de ne pas contracter, et d'autre part, qu'en l'espèce, les négociations — qui n'avaient duré qu'un peu plus d'un mois — ne pouvaient pas être qualifiées de longues et continues.

Il existe d'autres types d'avant-contrat, notamment les promesses de vente qui peuvent être synallagmatiques ou unilatérales.

Un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 25 mars 2009 (19) se prononce sur la question de savoir ce qu'il advient en cas de retrait par les vendeurs de leur promesse avant que les bénéficiaires ne lèvent l'option. En l'espèce, les acheteurs assignent les promettant en exécution forcée de la vente. La Cour d'appel accueille leur demande au motif qu'il appartenait aux promettants de mettre préalablement en demeure le bénéficiaire de la promesse d'accepter ou de refuser celle-ci. Or la Haute juridiction rappelle le principe selon lequel l'exécution forcée ne peut avoir lieu que si les bénéficiaires de la promesse ont levé l'option. À

(9) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 491.

(10) V. par exemple, CA Aix-en-Provence, 30 mars 2001, Juris-Data n° 2001-145087 : « Attendu que (...) celui qui rompt de mauvaise foi les pourparlers, et viole ainsi le devoir général de bonne foi dans les relations précontractuelles qui lui impose de se comporter avec loyauté et honnêteté avec ses partenaires à la négociation, est susceptible de voir engager sa responsabilité pour faute sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ou pour le dommage causé par sa négligence ou par son imprudence sur le fondement de l'article 1383 du Code de procédure civile ».

(11) V. notamment, Cass. com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-19456.

(12) V., pour des cas où ces critères ont été réunis : CA Nîmes, 17 avril 2008, Juris-Data n° 2008-363533 ; CA Paris, 7 février 2007, Juris-Data n° 2007-333997 ; CA Bordeaux, 24 juin 1997, Juris-Data n° 1997-042515 ; CA Paris, 4 avril 1997, Juris-Data n° 1997-021076 ; v. pour un cas où la légèreté n'est pas constatée, faute de réunion de ces critères : CA Riom, 2 octobre 2002, Juris-Data n° 2002-192849.

(13) V. notamment, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 13 janvier 2005, Juris-Data n° 2005-026466 ; Cass. com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 98-15952.

(14) V. pour des cas où la mauvaise foi a été constatée : CA Versailles, 3 mars 2005, Juris-Data n° 2005-277188 ; Cass. com., 26 novembre 2003, Juris-Data n° 2003-021243 ; CA Lyon, 24 juillet 2002, Juris-Data n° 2002-193214 ; CA Aix-en-Provence, 30 mars 2001, Juris-Data n° 2001-145087 ; Cass. com., 11 juillet 2000, Juris-Data n° 2000-003185 ; CA Paris, 10 mars 2000, Juris-Data n° 2000-133789 ; Cass. com., 5 mai 1987 ; v. pour des cas où elle ne l'a pas été : CA Paris, 6 avril 2007, Juris-Data n° 2007-338132 ; Cass. com., 20 février 2007, pourvoi n° 05-15863, inédit ; CA Montpellier, 28 septembre 2004, Juris-Data n° 2004-267953.

(15) V. par exemple Cass. com., 26 novembre 2003, pourvois n°s 00-10243 et 00-10949.

(16) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 janvier 2009, pourvoi n° 07-20783.

(17) CA Paris, 6 avril 2007, Juris-Data n° 2007-338132 ; CA Nîmes, 17 avril 2008, Juris-Data n° 2008-363333.

(18) Cass. com., 17 mars 2009, pourvoi n° 08-12830.

(19) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, pourvoi n° 08-12237.

défaut, le promettant reste libre de la retirer. En l'espèce, la rétractation de la promesse unilatérale de vente est intervenue antérieurement à la levée d'option, justifiant ainsi la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel au visa des articles 1101 et 1134 du Code civil.

Dans l'hypothèse d'une promesse synallagmatique de vente, l'article 1184, alinéa 2 du Code civil réserve à la victime de l'inexécution contractuelle le choix soit d'opter en faveur d'une action en exécution forcée, soit de poursuivre la résolution du contrat. Toutefois, choisir l'une de ces voies implique de renoncer à l'autre et la question qui se pose est alors de savoir si ce choix est « irréversible » ou s'il est susceptible d'être modifié. La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur cette question dans un arrêt rendu le 25 mars 2009 par la troisième chambre civile (20), relatif à l'influence d'une action préalable en résolution du contrat sur une demande postérieure en exécution forcée de celui-ci. La Haute juridiction a précisé que l'option de la victime demeure tant qu'une décision passée en force de chose jugée n'a pas statué sur la demande initiale en résolution du contrat.

### 3. Précautions pouvant être envisagées par le franchiseur

**37** Une distinction peut être faite selon que les pourparlers précèdent le contrat de franchise (a) ou qu'ils lui succèdent (b).

#### a) Avant la conclusion du contrat de franchise

**38** Il est tout à fait envisageable pour le franchiseur qui verrait les pourparlers durer plus que de raison, de mettre le candidat franchisé en demeure de signer le contrat de franchise dans un délai raisonnable, et ce y compris en l'absence de toute disposition contractuelle en ce sens (21). Néanmoins, en pratique, la solution n'est pas réellement satisfaisante, car ne constituant pas la meilleure entrée en matière. Il est en conséquence préférable de prévoir un ou plusieurs mécanisme(s) contractuel(s) permettant de prévenir une telle situation.

On rappellera ici les trois principaux moyens utilisés.

En premier lieu, le franchiseur peut faire signer au franchisé un contrat de réservation. Par ce contrat, le franchiseur s'engage à permettre au candidat franchisé (ou à toute personne morale, née ou à naître, constituée et contrôlée par ce dernier) d'ouvrir un point de vente sous son enseigne dans une zone géographique déterminée. Le franchiseur s'interdit de ce fait, pendant toute la durée du contrat

de réservation, de proposer l'ouverture d'un tel point de vente à un autre candidat. Ce type de contrat est généralement signé à titre onéreux — c'est d'ailleurs là son avantage puisqu'il témoigne ainsi de l'intérêt que porte le candidat à la franchise —, le paiement effectué au titre de ce contrat s'imputant sur les sommes ultérieurement décaissées par le franchisé au titre de son droit d'entrée lorsque celui-ci décide finalement de signer le contrat de franchise (à défaut, le paiement effectué reste acquis au franchiseur, qui aura ainsi inutilement immobilisé sa zone d'exclusivité) (22).

En deuxième lieu, le franchiseur peut parfaitement indiquer au candidat franchisé, dès la signature du document d'information précontractuelle (DIP), qu'il dispose d'un délai déterminé pour signer le contrat de franchise, de sorte qu'à l'issue de ce délai, l'offre de contrat deviendra caduque.

En troisième lieu, le contrat de franchise peut prévoir qu'à défaut pour le franchisé d'avoir effectivement ouvert et exploité son point de vente dans tel délai à compter de la signature dudit contrat de franchise, le franchiseur sera en droit de le résilier.

De nombreuses variantes peuvent être associées à ces différents mécanismes contractuels.

#### b) Après le terme du contrat de franchise

**39** La jurisprudence récente fournit l'occasion de rappeler deux précautions d'usage, aussi évidentes que classiques, mais que certains praticiens semblent parfois oublier.

En effet, dans la lignée d'une décision bien connue rendue en 2007 (23), une ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 11 juin 2009 a confirmé que l'existence de pourparlers postérieurement à la survenance du terme d'un contrat de franchise à durée déterminée, ne peut justifier la poursuite par le franchisé de son activité sous l'enseigne du franchiseur (24). Ainsi, ni les pourparlers en vue de la signature d'un nouveau contrat, ni l'absence pendant cette période de demande expresse, ou de mise en demeure de déposer l'enseigne ou de cesser d'utiliser les signes distinctifs, n'impliquent l'acceptation par le franchiseur de la continuation de l'activité sous son enseigne (25). La solution est parfaitement logique (26) car la survenance du terme entraîne l'extinction automatique du contrat à durée déterminée, avec toutes les conséquences y attachées.

[20] Cass. civ 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, pourvoi n° 08-11326.

[21] CA Montpellier, 18 mars 1993, Juris-Data n° 1993-034026.

[22] Si, en revanche, le contrat est assorti d'une condition suspensive, la non-réalisation de la condition pourra emporter restitution du droit d'entrée (Cass. com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-13211, Juris-Data n° 2007-039825).

[23] CA Lyon, 22 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-352364.

[24] TGI Paris, ord. réf., 11 juin 2009, RG n° 09/52384, inédit.

[25] TGI Paris, ord. réf., 11 juin 2009, RG n° 09/52384, inédit : « Mais attendu que la tolérance de la société R., à la supposer établie, n'est pas de nature à démontrer son accord pour que la société M. continue son activité sous l'enseigne R. ».

[26] Sauf à ce que le contrat de franchise comporte une clause de tacite reconduction et que le franchiseur n'ait pas dénoncé le contrat. En l'espèce, le contrat prévoyait sa tacite reconduction mais le franchiseur avait expressément indiqué au franchisé que le contrat ne serait pas renouvelé à son terme.

Par ailleurs, s'agissant de l'appréciation du caractère brutal de la rupture des relations commerciales unissant un franchiseur et son franchisé, les juges du fond refusent de prendre en compte le fait que les relations contractuelles se soient poursuivies après le terme de ce contrat entre les mêmes parties et avec le même objet (27).

## B. La preuve du contrat de franchise

**40** Le contrat de franchise présente un caractère consensuel (1.), de sorte qu'il peut être prouvé par tous les moyens de preuve légalement admissibles (2.).

### 1. Le caractère consensuel du contrat de franchise

**41** Le contrat de franchise appartient à la catégorie des contrats consensuels (28). Cette qualification implique qu'aucune formalité particulière n'est requise pour que le contrat de franchise soit valablement formé, pas même la présence d'un écrit. Ainsi, l'échange des consentements suffit à la conclusion du contrat.

La solution est couramment admise par les juridictions du fond, en témoigne une jurisprudence abondante (29) et récente (30). Une telle solution doit être approuvée. L'article L. 110-3 du Code de commerce pose certaines conditions au principe de la liberté probatoire qu'il énonce, puisqu'il précise qu'à l'égard des commerçants (31) « les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens, à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». Or les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce n'exigent pas que le contrat de franchise ait été établi par écrit : l'existence du contrat de franchise peut en conséquence être prouvée par tous moyens.

La Cour de cassation dans un arrêt du 17 mars 2009 (32), a tranché un litige dans lequel le franchiseur et le candidat franchisé divergeaient quant au point de savoir si le contrat de franchise avait, ou non, été formé. En l'espèce, le consentement du franchiseur était

subordonné à l'accord préalable de son comité d'agrément. Le candidat franchisé, qui avait donné son accord à la signature du contrat de franchise, y avait ensuite renoncé, et ce avant que le comité d'agrément du franchiseur ne donne son accord sur la conclusion du contrat. Pour décider que le contrat de franchise n'avait pas été conclu par les parties (malgré l'accord du comité du franchiseur intervenu postérieurement à l'annonce par le candidat franchisé de son refus de signer le contrat de franchise), la Haute juridiction prend en compte différents éléments indiquant que les parties n'avaient pas pu s'engager de manière définitive.

Tout d'abord, la Cour de cassation s'appuie sur les termes du protocole d'accord conclu entre les parties en vue de la conclusion du contrat de franchise, lequel mentionnait que les engagements des parties ne deviendraient réciproques qu'après acceptation du dossier par le comité d'agrément.

En outre, elle relève que le franchiseur avait lui-même prévu que le contrat de franchise pouvait ne pas être signé, dès lors qu'il avait mentionné qu'un budget d'enseigne serait versé en cas de concrétisation définitive de l'accord.

Enfin, elle retient que le franchiseur n'avait pas remis au candidat franchisé les informations précontractuelles prévues par l'article L. 330-3 du Code de commerce (33).

### 2. Les moyens de preuve légalement admissibles

**42** Tout moyen de preuve légalement admissible suffit à établir la preuve de l'existence du contrat de franchise dès lors que l'échange des consentements est parfait (34). Il en va ainsi notamment lorsque le franchisé n'a élevé aucune protestation ni réserve sur les marchandises qui lui étaient livrées et ne les a jamais refusées (35) ou lorsqu'il a revendiqué la qualité de franchisé et s'est comporté comme tel, en réglant les redevances mensuelles, tandis que, de son côté,

**[27]** CA Dijon, 15 novembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-355669 : en l'espèce, l'ex-franchisée avait maintenu le franchiseur dans la croyance légitime d'une pérennité des relations commerciales quel que soit leur cadre et avait continué à commander régulièrement des marchandises ; elle respectait par ailleurs l'exclusivité précédemment prévue par le contrat de franchise. Dans ce contexte, la Cour d'appel retient qu'en limitant son préavis à deux mois, alors que le contrat de franchise avait prévu un délai de trois mois, l'ancienne franchisée a commis une faute ; v. en sens contraire, CA Paris, 12 janvier 2005, *Juris-Data* n° 2005-277027 : considérant qu'une fois le contrat de franchise à durée déterminée arrivé à son terme, le franchisé ne peut invoquer l'obligation de respecter un préavis en cas de rupture, prévue par l'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce.

**[28]** V. pour une illustration récente, CA Paris, 16 novembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-322715.

**[29]** CA Paris, 16 novembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-322715 : alors que le projet de contrat de franchise avait été remis par le franchiseur mais n'avait jamais été retourné signé par le franchisé, la Cour d'appel retient que l'existence du contrat de franchise résulte en l'espèce d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants ; CA Paris, 11 décembre 1998, *Juris-Data* n° 1998-024235 ; CA Paris, 3 novembre 1994, *Juris-Data* n° 1994-025094 ; CA Nîmes, 23 octobre 1991, *Juris-Data* n° 1991-030414 ; CA Paris, 15 septembre 1989, *Juris-Data* n° 1989-024714 ; (v. contra un arrêt isolé ayant pu laisser planer un doute sur ce point : Cass. com., 7 janvier 2004, *pourvoi* n° 02-12366).

**[30]** CA Paris, 29 avril 2009, *Juris-Data* n° 2009-006977 : en l'espèce, les juges du fond retiennent en effet que si le projet de contrat de franchise n'a pas été signé par les parties, il n'en demeure pas moins que ces dernières sont contractuellement liées ; ainsi, les parties ont-elles entendu inscrire leurs rapports commerciaux de manière non équivoque dans le cadre d'une relation de franchise : le franchiseur a transmis un savoir-faire puisqu'il a mis une marque, une enseigne et une sélection de produits spécifiques et originaux de la franchise à la disposition du franchisé, lequel bénéficiait en outre d'une exclusivité territoriale.

**[31]** Pour que le principe de la liberté probatoire s'applique, encore faut-il que l'on soit en présence de « commerçants ». Cette condition — fréquente en pratique — ne va pourtant pas de soi car, on le sait, la seule signature d'un contrat de franchise ne fait pas automatiquement de son signataire un commerçant (CA Versailles, 12 février 1992, *Juris-Data* n° 1992-046442).

**[32]** Cass. com., 17 mars 2009, *pourvoi* n° 08-12830.

**[33]** Cass. com., 17 mars 2009, *pourvoi* n° 08-12830 : « (...) en l'absence des informations visées à l'article L. 330-3 du Code de commerce, seules susceptibles de permettre à M. X de se déterminer en connaissance de cause, la société DCF ne pouvait exiger la signature du contrat (...) ».

**[34]** CA Paris, 3 novembre 1994, *Juris-Data* n° 1994-025094 : écartant l'existence d'un contrat de franchise au motif notamment que le défaut d'encaissement du chèque représentant le droit d'entrée apportait la preuve que le franchiseur était réticent à donner son accord.

**[35]** CA Nîmes, 23 octobre 1991, *Juris-Data* n° 1991-030414.

le franchiseur lui a concédé l'usage de son enseigne et de sa marque (36) : il en ira de même si le franchiseur a reconnu la conformité du point de vente au style des franchises, et n'a pas réagi à la publicité faisant apparaître le point de vente comme franchisé du réseau (37).

## II. Les conditions de validité du contrat de franchise

**43** Les décisions objets de la présente étude conduisent à examiner deux conditions essentielles à la validité du contrat de franchise : le consentement des parties (A) et la cause du contrat (B).

### A. Le consentement

**44** Qu'elles soient de source légale ou conventionnelle, les obligations d'information qui pèsent sur le franchiseur donnent lieu à un abondant contentieux concernant la nullité du contrat de franchise, ainsi que l'octroi de dommages et intérêts au franchisé. De la jurisprudence se dégagent deux principes fondamentaux : il incombe au franchiseur de rapporter la preuve de l'absence de violation de l'obligation d'information (1.) tandis que le franchisé doit démontrer l'existence du vice de son consentement (2.).

#### 1. La preuve par le franchiseur de l'absence de violation d'une obligation d'information

**45** Les décisions récentes confirment l'état actuel du droit positif et en précisent le sens. Toutes ces décisions convergent en effet vers deux idées : la nullité du contrat de franchise implique la violation d'une obligation — de source légale ou contractuelle — lors de la formation du contrat (a) ; cette violation doit avoir eu pour effet de vicier le consentement du franchisé (b).

##### a) La violation d'une obligation légale ou contractuelle

Neuf décisions commentées : CA Montpellier, 16 juin 2009 (RG n° 08/04631) ; Cass. com., 17 mars 2009 (pourvoi n° 08-12380) ; CA Rouen, 19 février 2009 (RG n° 05/03208, Juris-Data n° 2009-001655) ; CA Paris, 9 janvier 2009 (Juris-Data n° 2009-002245) ; CA Paris, 19 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-372538) ; TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 06/003843) ; CA Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 06/04420, 06/04334 et 06/03859) ; CA Paris, 10 septembre 2008 (RG n° 06/03262) ; TC Rouen, 11 juillet 2008 (RG n° 07/008620)

**46** Il convient de distinguer selon que l'obligation d'information est de source légale ou conventionnelle.

##### a) Obligation légale

###### • Rappel

**47** Les obligations légales d'information précontractuelle dont la violation peut — sous réserve de constituer un vice du consentement (38) — justifier le prononcé de la nullité du contrat de franchise sont déterminées, on le sait, aux articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce (39). La nullité du contrat de franchise est encourue lorsque des informations précontractuelles ainsi exigées par la loi et le décret font défaut ou sont grossièrement erronées.

Ces dispositions s'appliquent lorsque le franchiseur exige du franchisé « un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité ». Un arrêt récent rendu en matière de concession, dont la solution peut être étendue à la franchise, a précisé que conformément à l'esprit de la loi, destinée à s'appliquer au plus grand nombre de contrats possibles, la notion d'exclusivité mentionnée à l'article L. 330-3 du Code de commerce doit être examinée non au regard de l'activité globale du concessionnaire, mais uniquement dans le cadre de ses rapports avec le concédant. En l'espèce, le concessionnaire était tenu à une exclusivité d'utilisation des produits du concédant sur le territoire qui lui avait été confié, et bénéficiait en conséquence de la protection de l'article L. 330-3 du Code de commerce (40).

**48** On rappellera que les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce ne font peser d'obligation d'information que sur le franchiseur, et le cas échéant sur le cédant du contrat de franchise si ce dernier est cédé par un franchisé à un autre franchisé (41). Néanmoins, le franchisé n'est pas pour autant dispensé de toute obligation d'information à l'égard du franchiseur, et ce notamment en application des règles de droit commun des contrats, et plus précisément de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil relatif à l'obligation de bonne foi.

**49** En application des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce, le document d'information précontractuel (DIP) doit être fourni au moins vingt jours avant la signature du contrat, et doit notamment indiquer l'ancienneté et l'expérience du franchiseur, l'état

[36] CA Paris, 11 décembre 1998, Juris-Data n° 1998-024235.

[37] CA Paris, 15 septembre 1989, Juris-Data n° 1989-024714.

[38] V. infra, § 77 et s.

[39] L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 330-3 du Code de commerce fixe au moins deux conditions cumulatives à l'exigence de la fourniture au distributeur d'un document d'information précontractuelle : la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne, et un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Ce texte s'applique à tout type de contrat (v. pour un exemple récent, en matière de location-gérance, CA Paris, 9 janvier 2009, RG n° 08-00272 ; Juris-Data n° 2009-002245) dès lors que ces conditions d'application se trouvent remplies (v. sur l'ensemble de la question, F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly, 2009, § 129).

[40] CA Agen, 12 mars 2008, RG n° 07/00393.

[41] CA Metz, 23 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-371948 : « si l'article L. 330-3 susvisé s'applique au premier chef au franchiseur, il s'applique également au cédant, en cas de cession du contrat de franchise, en ce qui concerne les caractéristiques et documents comptables propres à l'activité qu'il cède ».

et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Encore faut-il bien circonscrire le contenu de ces obligations, ainsi que le délai dans lequel elles doivent être délivrées.

**50** La jurisprudence a précisé, et récemment rappelé, que la date marquant la fin du délai de vingt jours était celle de la signature du contrat, et non celle de la prise d'effet du contrat. Ainsi, viole l'article L. 330-3 du Code de commerce le franchiseur qui ne remet l'information précontractuelle que quatorze jours avant la signature du contrat, peu important à cet égard la date de prise d'effet dudit contrat (42).

**51** L'article R. 330-1, 5° du Code de commerce pose l'obligation pour le franchiseur de fournir une présentation de son entreprise ainsi que — et surtout — du réseau d'exploitants. Cette obligation est particulièrement importante car le candidat franchisé doit être mis loyalement en mesure d'apprécier le degré de stabilité, de performance et de rentabilité du réseau qu'il s'appête à intégrer, engageant ainsi des frais et investissements parfois substantiels.

C'est pourquoi les articles R. 330-1 et suivants du Code de commerce sont particulièrement précis quant au contenu cette information qui, en substance, impose au franchiseur de présenter le réseau d'exploitants en précisant :

- la liste des entreprises du réseau et leur mode d'exploitation ;
- l'adresse des entreprises avec lesquelles le franchiseur est lié par des contrats de franchise, ainsi que la date de conclusion ou de renouvellement de ces contrats ;
- le nombre de franchisés ayant cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du DIP (le document remis devant indiquer si le contrat concerné est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé) ;
- et, lorsque tel est le cas, la présence de tout établissement dans lequel sont offerts (avec l'accord exprès du franchiseur) les produits ou services faisant l'objet du contrat de franchise, dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat de franchise proposé.

Ainsi, un arrêt récent (43) a annulé un contrat de franchise en considération du fait que le franchiseur n'avait pas informé le candidat franchisé de la présence d'un autre exploitant disposant d'une ex-

clusivité territoriale sur le territoire concédé dans le contrat de franchise, cette situation ayant ultérieurement abouti à la résiliation du contrat de franchise concerné.

#### • Interprétation stricte de l'obligation légale

**52** En dehors de l'hypothèse d'un accord express des parties au cours des négociations précontractuelles en ce sens, le franchiseur n'est tenu que du strict respect des dispositions des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce.

Ainsi, par exemple, la loi n'impose pas le respect de la norme Afnor Z 20-000 d'août 1987 relative aux relations contractuelles entre franchiseur et franchisé, dont le contenu ne peut donc être créateur d'obligations (en dehors, bien entendu, du cas dans lequel la norme aurait été intégrée dans le champ contractuel). De même, ainsi que le rappellent les décisions récentes, le franchiseur n'est tenu ni de fournir des comptes prévisionnels au franchisé (44), ni de leur indiquer la nature précise des produits vendus par ses concurrents ou encore de leur fournir une évaluation qualitative de leur projet d'implantation (45).

**53** Dès lors, sauf convention contraire des parties, il n'appartient pas non plus au franchiseur de se substituer au candidat pour l'appréciation du risque de l'entreprise, en effectuant à sa place une « étude de marché » (46) pour informer le cocontractant de la clientèle potentielle qui demeure propre à son fonds de commerce, ou de se substituer à lui en réalisant une étude de faisabilité. Ainsi que le rappelle la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 24 septembre 2008 (47), c'est bien aux futurs franchisés qu'il appartient de procéder à une analyse d'implantation précise leur permettant d'apprécier le potentiel et, par là même, la viabilité du fonds de commerce envisagé.

Une partie de la doctrine assimile le simple état du marché, dont la présentation est exigée par la loi, à une véritable étude de marché, et en déduit que le franchiseur serait tenu de remettre une telle étude au franchisé. Il s'agit là d'une interprétation séduisante, qui repose sur plusieurs arguments : selon cette théorie, la sincérité exigée par le texte imposerait au franchiseur de fournir au franchisé une étude de marché, ce qui serait légitime au regard du droit d'entrée et des redevances payées par le franchisé (48) ; l'état du marché devant porter sur les produits ou services objets du contrat, le franchiseur ne pourrait se contenter de fournir des renseignements vagues et généraux ; la présentation de l'état du marché et de ses

[42] CA Paris, 13 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-356116.

[43] CA Paris, 19 novembre 2008, *RG* n° 06/02583 ; *Juris-Data* n° 2008-372538.

[44] CA Paris, 24 septembre 2008, *RG* n° 06/04420 ; *Juris-Data* n° 2008-374047 ; CA Paris, 24 septembre 2008, *RG* n° 06/03859 : « l'établissement d'un document prévisionnel relève de la seule responsabilité du franchisé » ; CA Paris, 10 septembre 2008, *RG* n° 06/03262 ; TC Rouen, 29 septembre 2008, *RG* n° 2006/003843, inédit ; TC Rouen, 11 juillet 2008, *RG* n° 2007-008620, inédit.

[45] CA Paris, 24 septembre 2008, *RG* n° 06/03859.

[46] Pour un rappel récent de cette règle, v. CA Paris, 24 septembre 2008, *RG* n° 06/03859 et CA Paris, 10 septembre 2008, *RG* n° 06/03262.

[47] CA Paris, 24 septembre 2008, *RG* n° 06/03859 ; v. également CA Paris, 10 septembre 2008, *RG* n° 06/03262.

[48] S. Meresse, *L'étude de marché est la quintessence du savoir-faire du franchiseur*, *RJ com.* 1997, p. 260.

perspectives impliquerait son étude préalable (49) ; le législateur n'aurait pu mettre à la charge du franchiseur la fourniture d'un simple état du marché que tout commerçant pourrait établir seul ; seul le franchiseur, qui a connaissance du savoir-faire, élément clé de la réussite, pourrait avoir conscience de son impact sur le marché et aurait donc la possibilité de procéder à l'étude de marché.

Cette théorie a été suivie par quelques juridictions du fond (50).

Elle se heurte cependant à plusieurs obstacles, au nombre desquels figure principalement le fait que l'obligation de remettre au franchisé les documents qui permettent d'établir un résultat prévisionnel (soit en particulier les études de marché), a été supprimée dans le texte définitif du décret (51) : le pouvoir réglementaire a donc bien envisagé qu'une étude de marché soit incluse dans le document d'information précontractuelle, pour finalement y renoncer.

Dans l'hypothèse où cet argument ne suffirait pas à démontrer qu'il n'entrerait nullement dans la volonté du législateur de mettre à la charge du franchiseur l'obligation de remettre au franchisé une véritable étude de marché, il faudrait tenir compte des différences fondamentales qui existent entre les notions d'« état » et d'« étude ». En effet, l'idée d'analyse, et donc de décomposition, de recherche minutieuse qui est caractéristique de la notion d'étude de marché fait totalement défaut à celle d'« état du marché », qui évoque au contraire l'idée d'une photographie de faits bruts. Cette opposition est encore accentuée par l'emploi du terme « présentation », celle-ci étant nécessairement brève et succincte, et ne pouvant en conséquence s'appliquer à une étude de marché, par nature longue et approfondie.

En outre, contrairement à ce qu'avancent les auteurs précités, l'adjectif « sincère » ne saurait avoir pour effet de passer outre ces différences cruciales ; il fait simplement référence à l'exactitude des renseignements donnés.

Par ailleurs, le fait que le texte précise que l'état du marché local doit porter sur les produits ou services objets du contrat, s'il impose au franchiseur de fournir des renseignements précis, n'implique pas

pour autant la réalisation d'une étude de marché : en effet, cette précision porte exclusivement sur la description des éléments du marché, et ne suppose en aucun cas leur analyse par le franchiseur.

Il n'est pas anodin, par ailleurs, que le rapport explicatif de la loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise rédigée par Unidroit — qui impose également la communication au franchisé d'un état des marchés général et local, et de leurs perspectives d'évolution (52) — indique expressément que « bien qu'une telle exigence puisse apparaître détaillée, ce qui est visé n'est pas une étude de marché complète mais une brève présentation comportant des informations sur, par exemple, le chiffre d'affaires du secteur considéré, le nombre d'entreprises présentes dans ce secteur et les règles juridiques qui sont applicables ».

Enfin, l'assimilation des termes « état du marché » aux termes « étude de marché » se heurte non seulement à la lettre du texte mais également à l'esprit même du contrat de franchise : on voit mal comment l'étude de marché, qui a pour but de déterminer la stratégie précise de l'entreprise du franchisé, commerçant indépendant, pourrait être établie par le franchiseur (53). L'intervention du franchiseur dans la stratégie commerciale du franchisé ne serait justifiée que dans la mesure où cette stratégie ferait partie du savoir-faire, et tel n'est pas le cas s'agissant d'une étude de marché.

**54** L'ensemble de ces raisons explique clairement pourquoi l'idée selon laquelle le franchiseur serait légalement débiteur à l'égard du candidat franchisé de l'obligation de remettre une étude de marché est aujourd'hui très fermement rejetée par la Cour de cassation (54), ainsi que par les juridictions du fond (55). En effet, il appartient au franchisé, en sa qualité de commerçant indépendant, d'effectuer ou de faire effectuer par un tiers une étude de marché s'il le souhaite (56).

Une décision récente (57) résume parfaitement la jurisprudence désormais constante concernant les études de marché. La Cour d'appel de Paris y énonce que « le franchiseur n'est, en effet, pas tenu de

[49] O. Tiquant, *Rétablir l'autorité de la loi...* Doubin, D. 2002, chron. 2597.

[50] CA Lyon, 24 janvier 2008, *Juris-Data* n° 2008-365835 ; v. aussi, TGI Carcassonne, 2 mai 2002, D. 2002, chron. 2597, note O. Tiquant ; CA Lyon, 2 octobre 2001, D. 2002, chron. 2597, note O. Tiquant ; CA Lyon, 27 octobre 2000, *Juris-Data* n° 2000-132234 ; CA Toulouse, 27 octobre 1992, *Juris-Data* n° 1992-048701.

[51] V. J.-P. Clément, *La nouvelle donne juridique du contrat de franchise*, *Gaz. Pal.* 1991, 1, doct., p. 287.

[52] Art. 6 (1) O.

[53] V. en ce sens, notamment, CA Aix-en-Provence, 11 février 2005, *Juris-Data* n° 2005-272825.

[54] Cass. com., 11 février 2003, pourvoi n° 01-03932, *Juris-Data* n° 2003-017835.

[55] CA Paris, 5 juillet 2006, *Juris-Data* n° 2006-312416, comm. in F.-L. Simon, *Droit de la franchise*, LPA 2007, n° 229, Avant-propos, par V. Lamanda ; CA Paris, 23 juin 2006, *Juris-Data* n° 2007-312403 ; TC Chartres, 7 mars 2006, jugement n° 115, inédit ; CA Paris, 7 décembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-296362 ; CA Nîmes, 6 octobre 2005, *Juris-Data* n° 2005-311158 ; CA Aix-en-Provence, 11 février 2005, *Juris-Data* n° 2005-272825 ; CA Rennes, 4 janvier 2005, *Juris-Data* n° 2005-282001 ; CA Paris, 20 mars 2003, *Juris-Data* n° 2003-216322 ; TC Paris, 5 novembre 2002, *Juris-Data* n° 2002-199793 ; TC Paris, 14 octobre 2002, *Juris-Data* n° 2002-201061 : « le franchisé est lui-même un commerçant qui ne saurait avoir un rôle totalement passif en exigeant que le franchiseur se substitue en totalité à lui » ; CA Paris, 31 janvier 2002, *Gaz. Pal.* du 3 juillet 2003, n° 132, p. 16, note M. Petitier ; CA Paris, 31 janvier 2002, *Juris-Data* n° 2002-170815 ; CA Lyon, 31 mars 2000, *Juris-Data* n° 2000-120706.

[56] CA Paris, 5 juillet 2006, *Juris-Data* n° 2006-312416 ; CA Paris, 23 juin 2006, *Juris-Data* n° 2006-312403 ; CA Paris, 7 décembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-296362 ; CA Aix-en-Provence, 11 février 2005, *Juris-Data* n° 2005-272825 ; CA Paris, 20 mars 2003, *Juris-Data* n° 2003-216322 ; 31 janvier 2002, *Gaz. Pal.* du 3 juillet 2003, n° 132, p. 16, note M. Petitier ; CA Lyon, 11 février 2000, *Juris-Data* n° 2000-151453 ; CA Aix-en-Provence, 30 novembre 1995, *Juris-Data* n° 1995-050808 ; CA Paris, 15 février 1995 ; CA Douai, 5 décembre 1991, *Juris-Data* n° 1991-052267 et 1991-052153 (deux arrêts).

[57] CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392 ; v. également TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit.

faire réaliser une étude de marché et [il] appartient au futur franchisé, qui est un commerçant indépendant libre de sa stratégie et de ses choix économiques, de faire procéder, le cas échéant, à une telle étude ».

On relèvera néanmoins une décision du Tribunal de commerce de Rouen dans laquelle, tout en rejetant la demande de nullité du contrat de franchise, et après avoir d'une part, rappelé que le franchiseur n'avait pas à établir une étude de marché et d'autre part, constaté que le franchisé n'avait pas réalisé une telle étude en dépit de l'invitation du franchiseur, a reproché aux deux parties d'avoir « curieusement manqué de professionnalisme » (58).

**55** Par ailleurs, la précision exigée du franchiseur a ses limites. En effet, il ne peut être reproché au franchiseur de ne pas avoir indiqué dans les documents précontractuels la présence d'un certain nombre de commerces vendant également et occasionnellement des produits comparables dès lors que lesdits commerces ne se situent pas précisément sur le même segment de marché et ne seront donc pas dans un rapport de concurrence directe (59) avec le futur franchisé. Il sera précisé que cette solution consacrée par une jurisprudence établie doit pourtant être nuancée en raison de l'existence d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris mentionné dans notre précédente étude, lequel avait jugé en sens contraire (60). Néanmoins, à ce jour, cette décision demeure isolée.

**56** Si les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce n'imposent aucune obligation pour le franchiseur d'établir une étude de marché, cette obligation peut en revanche être d'origine conventionnelle. En effet, les parties peuvent choisir de lister, dans un avant-contrat, les documents qui seront remis par chacune d'entre elles à son cocontractant. Dans un tel cas, l'argument selon lequel les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce n'imposent pas la réalisation d'une étude de marché sera inopérant. Telle fut la solution retenue dans une espèce tranchée par la Cour d'appel de Rouen le 19 février 2009, dans laquelle le franchiseur s'était engagé, dans le contrat préparatoire de franchise, à réaliser une étude de marché pour le compte du candidat franchisé (61).

## β) Obligation contractuelle

**57** Les obligations d'information précontractuelle dont la violation peut justifier le prononcé de la nullité du contrat de franchise ne se

limitent pas nécessairement à celles qu'énoncent les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce. Le franchiseur peut, en effet, avoir adressé au franchisé des informations non prévues par ces textes ; il en va ainsi en particulier des comptes d'exploitation prévisionnels, que le franchiseur peut avoir fournis et qui, dans certains cas, s'avèrent déterminants de la volonté du franchisé de contracter.

Le franchiseur est rarement étranger à l'élaboration des comptes d'exploitation prévisionnels en pratique. En effet, selon une étude récente (62), 94 % des réseaux aident ou assistent le franchisé, à des degrés divers, dans l'élaboration de ses comptes prévisionnels : 47,1 % des réseaux déclarent lui fournir les éléments nécessaires ; 22,1 % déclarent confronter leurs propres prévisions avec celles du franchisé ; 13,7 % déclarent se livrer aux deux prestations susvisées ; 11,1 % déclarent enfin se charger complètement de leur élaboration.

Selon la jurisprudence, l'annulation du contrat de franchise comme la mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle du franchiseur, en raison de l'inexactitude des comptes prévisionnels, sont subordonnées à la réunion de trois conditions : les comptes prévisionnels doivent avoir été établis par le franchiseur, ils doivent être « grossièrement erronés » et avoir induit le franchisé en erreur.

### • Comptes prévisionnels

#### — Paternité des comptes prévisionnels

**58** Pour que le contrat de franchise puisse encourir la censure sur le fondement des comptes prévisionnels, ceux-ci doivent avoir été établis par le franchiseur, ce qui exclut toute responsabilité lorsqu'il n'en est pas l'auteur.

La solution est classique (63) : il appartient au franchisé d'établir la preuve que les comptes litigieux ont bien été établis par le franchiseur ; à défaut, ce dernier ne peut se voir attribuer la paternité d'un tel document et sa responsabilité ne peut donc être encourue.

Ainsi, une décision récente a exclu la nullité du contrat réclamée par les franchisés en constatant que la responsabilité de la fixation du chiffre d'affaires prévu n'avait pas dépendu du seul franchiseur, les franchisés y ayant pris une part active (64).

**[58]** TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit : « les parties ont curieusement manqué de professionnalisme, l'une en ne procédant pas à cette formalité pourtant essentielle, l'autre en ne cherchant pas, comme elle le prévoyait [dans le DIP] à se faire communiquer l'étude de son franchisé, pourtant clé de la réussite ».

**[59]** CA Paris, 5 juillet 2006, Juris-Data n° 2006-312416 : en l'espèce, le DIP du franchisé, exerçant l'activité spécifique de « vente de chocolats », ne visait pas les « boulangeries-pâtisseries » existant sur le marché local ; CA Aix-en-Provence, 4 mars 2005, Juris-Data n° 2005-275013 : à propos de l'état général du marché.

**[60]** CA Paris, 22 mai 2008, Juris-Data n° 2008-366630.

**[61]** CA Rouen, 19 février 2009, RG n° 05/03208 ; Juris-Data n° 2009-001655.

**[62]** Étude réalisée auprès de 416 enseignes par Franchise magazine en mars 2009.

**[63]** CA Paris, 1<sup>er</sup> février 2006, Juris-Data n° 2006-309721 ; CA Paris, 7 décembre 2005, Juris-Data n° 2005-296362 ; CA Paris, 31 janvier 2002, Juris-Data n° 2002-170815 ; TC Rouen, 11 juillet 2008, RG n° 2007/008620, inédit.

**[64]** TC Rouen, 11 juillet 2008, RG n° 2007-008620. La participation des franchisés à l'élaboration des comptes prévisionnels a notamment été déduite des termes de la lettre d'accompagnement du DIP adressée par le franchiseur.

**59** On rappellera que la preuve de ce que telle ou telle partie a elle-même réalisé les comptes prévisionnels peut être contractualisée (65).

**60** En outre, ainsi que le rappelle une décision récente (66), les comptes prévisionnels fournis par le franchiseur au candidat franchisé peuvent avoir un aspect purement indicatif. Dans cette affaire en effet, le Tribunal de commerce de Rouen écarte la demande de nullité du franchisé aux motifs d'une part, que ce dernier n'ayant pas réalisé d'étude de marché, l'établissement des comptes prévisionnels ne pouvait avoir qu'un aspect indicatif (basé sur des situations comparables d'autres franchisés), et d'autre part, que le franchiseur avait indiqué dans un courrier adressé au franchisé que ce dernier devait être raisonnable dans sa prévision de chiffre d'affaires.

**61** En revanche, lorsque le franchiseur fournit de tels éléments, les informations qu'ils contiennent doivent être sincères (67). Les deux conditions ci-après restent alors à être vérifiées.

#### — Caractère « grossièrement erroné » des comptes prévisionnels

**62** La deuxième condition fait l'objet d'un abondant contentieux : pour engager la responsabilité du franchiseur, les comptes prévisionnels doivent être « grossièrement erronés » ou « manifestement irréalistes » (68).

Autrement dit, le seul caractère erroné des comptes prévisionnels ne saurait suffire à constituer une faute du franchiseur, dès lors que l'exercice d'une activité commerciale est par essence sujette à des aléas (69). C'est pourquoi la jurisprudence considère que le

franchiseur n'est pas tenu, sauf stipulation contraire, à une obligation de résultat (70) et que sa responsabilité ne peut être retenue lorsque l'écart excessif entre les résultats prévus et ceux effectivement atteints s'explique notamment par des considérations inattendues (71). Selon la Cour d'appel de Paris, une solution contraire méconnaîtrait « directement le principe même de l'autonomie juridique et financière du commerçant indépendant qu'est tout franchisé » (72).

Ainsi, dans une décision récente, la juridiction parisienne a rappelé qu'en qualité de commerçant indépendant, le franchisé ne peut faire état du chiffre d'affaires réalisé lors de la première année d'activité pour en déduire, *a posteriori*, que celui-ci n'étant pas conforme au chiffre d'affaires prévisionnel, son consentement a été vicié (73).

De même, le franchisé ne rapporte la preuve d'aucun dol ni d'aucune erreur de nature à justifier la nullité du contrat de franchise lorsqu'il se borne à contester la rapidité promise du retour sur investissement, l'existence des synergies alléguées par le franchiseur ou encore le montant des marges annoncées (74).

**63** Le franchisé reste tenu de « se » renseigner (75) dans tous les cas – que le réseau soit de taille limitée (76) ou non (77). Il en va ainsi lorsque le franchisé a pu faire vérifier par un expert-comptable les éléments utiles en sa possession (78).

**64** En revanche, le franchiseur peut avoir commis une faute lorsque l'écart constaté entre le chiffre d'affaires annoncé par le prévisionnel et celui effectivement réalisé par le franchisé est à ce point important que, non justifié par des circonstances postérieures à la

[65] *TC Chambéry, 26 août 2005, RG n° 2004/00521, inédit* : s'agissant d'une clause prévoyant que le business plan est bien l'œuvre du franchisé qui doit vérifier ses données et prendre toutes les mesures nécessaires, notamment financières, pour le bon fonctionnement de son entreprise ; rappelons que les conventions en matière de preuve sont valables (C. civ., art. 1316-2) ; cependant, s'agissant d'un contentieux relatif à la validité du contrat de franchise, la stipulation contractualisant la réalisation des comptes prévisionnels par une des parties ne saurait empêcher une preuve contraire, rapportée par tous moyens, si cette preuve est destinée à établir un vice du consentement lui-même préalable à l'annulation du contrat ; en décider autrement, serait donner autorité à un contrat nul.

[66] *TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843.*

[67] *CA Rouen, 15 mai 2003, Juris-Data n° 2003-218829.*

[68] *CA Paris, 31 janvier 2002, Juris-Data n° 2002-170815* ; *CA Lyon 3 mars 2000, Juris-Data n° 2000-151455* ; *CA Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1999, Juris-Data n° 1999-117888* ; *CA Paris 18 septembre 1996, Juris-Data n° 1996-022995.*

[69] *CA Nîmes, 23 juin 2005, Juris-Data n° 2005-282018* ; *TC Paris, 9 septembre 2005, RG n° 2004/004816, inédit.*

[70] *CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04420* ; *Juris-Data n° 2008-374047* ; *CA Nîmes, 6 octobre 2005, RG n° 04/00563, inédit* ; *TC Paris, 9 septembre 2005, RG n° 2004-004816, inédit* ; *CA Paris, 2 décembre 1993, Juris-Data n° 1993-023635* ; *CA Douai, 5 décembre 1991, Juris-Data n° 1991-052153.*

[71] *CA Paris, 23 novembre 2006, RG n° 03/02384, inédit* ; *5 juillet 2006, Juris-Data n° 2006-312416* ; *18 décembre 1998, Juris-Data n° 1998-024288* ; *12 novembre 1997, Juris-Data n° 1997-023531* ; *CA Versailles, 4 juillet 1996, Juris-Data n° 1996-043384.*

[72] *CA Paris, 24 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-374047* ; *10 septembre 2008, RG n° 06/03262.*

[73] *CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04334* ; *Juris-Data n° 2008-374079.*

[74] *CA Paris, 24 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-374047.*

[75] Le franchisé est tenu, en toute circonstance, de « se » renseigner. Ce devoir est général. Il ne concerne pas seulement les comptes prévisionnels mais a pour objet toutes les obligations objets du contrat de franchise, tels que notamment la consistance du savoir-faire (*CA Toulouse, 13 janvier 2000, Juris-Data n° 2000-108290*), l'étude de marché local (*CA Aix-en-Provence, 30 novembre 1995, Juris-Data n° 1995-050808*) ou, plus généralement, toute étude de faisabilité (*CA Aix-en-Provence, 11 février 2005, Juris-Data n° 2005-272825*).

[76] Le franchisé est tenu de « se » renseigner lorsque le franchiseur ne présentait, lors de la signature du contrat, qu'une expérience extrêmement limitée et que les perspectives données étaient exprimées en prévisionnels, ce qui devait suffire pour alerter les candidats à la franchise et les inciter à demander des renseignements supplémentaires (v. en ce sens, *CA Paris, 16 février 2005, Juris-Data n° 2005-273091* ; *CA Toulouse, 25 mai 2004, Juris-Data n° 2004-247226* ; *CA Paris, 29 mai 1991, Juris-Data n° 1991-022336*).

[77] *CA Nîmes, 23 juin 2005, Juris-Data n° 2005-282018* ; *TC Paris, 28 septembre 2005, RG n° 2002/055929, inédit.*

[78] *CA Paris, 20 mars 2003, Juris-Data n° 2003-273091* ; *CA Caen, 4 mai 2005, Juris-Data n° 2005-282521.*

signature du contrat, celui-ci traduit nécessairement un dol ou une erreur imputable au franchiseur (79).

Toutefois, la faute du franchiseur doit, pour pouvoir emporter sa responsabilité, être assimilée à une faute « lourde ». Ainsi que le rappelle la Cour d'appel de Paris, dans deux arrêts rendus le même jour, le seul fait qu'un écart soit apparu entre les prévisions de chiffre d'affaires indiquées par le franchiseur et les résultats concrets nés de l'exploitation ne saurait, en aucune façon, être démonstratif — à lui seul — de l'insincérité ou du manque de crédibilité des chiffres et documents fournis par le franchiseur (80).

**65** Il est fréquent que les juges du fond choisissent de nommer un expert comptable auquel ils confient la mission d'établir un rapport leur permettant d'apprécier le caractère grossièrement erroné, ou non, des comptes prévisionnels, lorsqu'ils ont été établis par le franchiseur (81).

Dans un tel cas, les conclusions du rapport d'expertise peuvent s'avérer déterminantes quant à l'issue du litige. À titre d'exemple, on citera une affaire récente (82) dans laquelle le rapport de l'expert comptable établissait que le chiffre d'affaires prévisionnel « était en dehors des normes habituelles » de la profession (83) et que le niveau d'activité visé par le compte prévisionnel était « irréalizable », alors que cette insuffisance du chiffre d'affaires constituait la cause des difficultés rencontrées par le franchisé.

En l'espèce, l'expert comptable avait mis en évidence que le chiffre d'affaires prévisionnel était supérieur au double du chiffre d'affaires moyen réalisé par les membres du réseau de franchise à la même époque, ainsi qu'au double du chiffre d'affaires moyen de la profession — la boulangerie — et ce alors même que ces chiffres d'affaires moyen comprenaient des commerces anciens, générant donc des chiffres d'affaires plus élevés que ceux d'une entreprise naissante telle que celle du franchisé.

#### — Tromperie du franchisé

**66** La troisième et dernière condition est tout aussi importante : les comptes prévisionnels établis par le franchiseur doivent avoir induit le franchisé en erreur (84).

L'argumentation avancée consiste alors à faire valoir que les chiffres d'affaires et résultats figurant dans les comptes prévisionnels constituaient pour le candidat franchisé un élément déterminant de sa volonté de contracter et qu'il a donc été trompé par leur caractère gravement erroné.

#### — Le cas particulier du dol : la volonté de fausser le consentement du franchisé

**67** S'agissant du dol, bien que la jurisprudence tende parfois à omettre la vérification de cet élément, une condition supplémentaire doit être remplie : l'élément intentionnel. En effet, ainsi que le rappelle un jugement récent du Tribunal de commerce de Rouen (85), le franchisé doit prouver la volonté du franchiseur de fausser son consentement.

Dans cette affaire, le Tribunal a rejeté la nullité du contrat invoquée par les franchisés, au motif que même si ces derniers avaient pu établir l'existence d'une importante différence entre le chiffre d'affaires prévisionnel et le chiffre effectivement réalisé par le franchisé, ils n'avaient pas prouvé l'existence d'une manœuvre volontaire qualifiable de dol, destinée à faire s'engager les franchisés dans des conditions fallacieuses.

**68** Au regard des différentes conditions ainsi requises en jurisprudence, quelle fonction le DIP et le contrat de franchise peuvent-ils donc jouer ?

La clause exonérant par avance toute responsabilité du franchiseur du fait de ses prévisions est inefficace lorsque celui-ci a commis une faute dolosive à l'occasion de l'élaboration des comptes prévisionnels (86). Ces clauses sont donc inutiles et dangereuses.

En revanche, ainsi que cela a été rappelé précédemment, la preuve de ce que telle ou telle partie a elle-même réalisé les comptes prévisionnels peut être contractualisée, conformément aux dispositions de l'article 1316-2 du Code civil. Est donc parfaitement valable la clause prévoyant que le business plan est bien l'œuvre du franchisé, qui doit vérifier ses données et prendre toutes les mesu-

**[79]** Pour un exemple récent : CA Rennes, 17 juin 2008, RG n° 08/01145 ; Juris-Data n° 2008-006572 : la Cour considère que les comptes prévisionnels, supérieurs de 86 %, puis de 145 % et 148 % aux résultats obtenus par le franchisé (ces derniers étant conformes à la moyenne des chiffres d'affaires du réseau) étaient élaborés sans sérieux ; v. également CA Montpellier, 15 novembre 2005, RG n° 2003/22, inédit ; TC Paris, 6 octobre 2005, RG n° 2003/033054, inédit ; CA Lyon, 3 mars 2000, Juris-Data n° 2000-151455 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1999, Juris-Data n° 1999-117888 ; CA Paris, 18 septembre 1996, Juris-Data n° 1996-022995.

**[80]** CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04420 ; Juris-Data n° 2008-374047 ; CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/03859 ; CA Paris, 10 septembre 2008, RG n° 06/03262.

**[81]** V. par exemple, CA Paris, 10 septembre 2008, RG n° 06/03262 : un expert comptable avait été nommé avec pour mission de (i) analyser les conditions dans lesquelles l'exploitation du magasin franchisé a été envisagée puis décidée, (ii) dire si les études de marché réalisées ont été effectuées conformément aux règles de l'art en la matière et si elles reflétaient les données relatives aux facteurs de commercialité, et enfin (iii) déterminer les causes pour lesquelles les prévisions n'ont pas été atteintes.

**[82]** CA Rouen, 19 février 2009, RG n° 05/03208 ; Juris-Data n° 2009-001655.

**[83]** En l'espèce, le montant du chiffre d'affaires prévisionnel était supérieur au double du chiffre d'affaires moyen de la profession, lequel comprenait des commerces anciens, ainsi qu'au double du chiffre d'affaires moyen réalisé par les membres du réseau de franchise à la même époque.

**[84]** CA Orléans, 26 octobre 2006, RG n° 05/03269, inédit ; CA Paris, 16 février 2005, Juris-Data n° 2005-273091 ; CA Paris, 31 janvier 2002, Juris-Data n° 2002-170815.

**[85]** TC Rouen, 11 juillet 2008, RG n° 2007/008620, inédit : le Tribunal précise néanmoins que les écarts constatés entre le prévisionnel et le chiffre réalisé étaient susceptibles de constituer une erreur voire une faute contractuelle.

**[86]** CA Orléans, 14 octobre 2005, RG n° 62/2005, inédit.

res nécessaires, notamment financières, pour le bon fonctionnement de son entreprise (87).

Ainsi, par exemple, le contrat de franchise pourra utilement préciser que « le franchisé reconnaît avoir réalisé ses propres comptes prévisionnels avec l'aide de son expert-comptable ». Autre variante, le contrat de franchise pourra également prévoir que « le franchisé reconnaît avoir réalisé ses propres comptes prévisionnels et s'être appuyé sur les bilans positifs et négatifs de différents magasins franchisés du réseau qu'il s'est procurés ». Le contrat de franchise pourra encore ajouter, le cas échéant, que « le franchisé reconnaît avoir réalisé ses propres comptes prévisionnels au moyen notamment des fichiers électroniques fournis par le franchiseur ne comportant que les différents postes vierges et un plan type vierge du compte prévisionnel ». Quantité de variantes sont bien sûr envisageables : celles-ci dépendent notamment de la taille du réseau et du degré d'implication voulu par le franchiseur dans la relation qu'il entretient avec ses franchisés au stade précontractuel.

#### • La réticence dolosive

**69** Le contrat de franchise peut être annulé lorsque les informations fournies par le franchiseur sont erronées. Il est également susceptible d'être annulé lorsque le franchiseur a omis de communiquer certaines informations, considérées comme déterminantes de l'engagement du franchisé (88). Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 19 novembre 2008 fournit une illustration de ce principe (89).

Dans cette espèce, le franchiseur avait omis d'indiquer au franchisé qu'un autre exploitant disposait d'ores et déjà d'une exclusivité territoriale sur le territoire concédé dans le contrat de franchise. À la suite d'une action judiciaire du premier exploitant, le franchiseur s'est vu contraint de résilier le contrat de franchise du nouveau franchisé, deux mois seulement après l'ouverture de son point de vente.

La Cour d'appel, considérant que la situation au jour de la conclusion du contrat était incompatible avec une disposition essentielle du contrat de franchise — la clause d'exclusivité territoriale — et constatant que le franchisé n'aurait pas conclu le contrat de franchise s'il avait connu le caractère illicite de son contrat, considère que le consentement du franchisé a été vicié et annule le contrat de franchise.

**70** En revanche, la Cour d'appel de Paris (90) a rejeté la demande d'un franchisé tendant à la nullité du contrat de franchise, basée sur le fait que le franchiseur aurait omis de transmettre des informations concernant les difficultés financières qu'il rencontrait au moment de la conclusion du contrat (ces difficultés financières ayant conduit à

l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire puis à la cession de la société du franchiseur deux ans après l'élaboration du document d'information précontractuelle).

La Cour constate que le document d'information précontractuelle fourni au franchisé contenait l'ensemble des informations obligatoires, et qu'y étaient joints les bilans de la société franchiseur mentionnant son état d'endettement et un résultat encore bénéficiaire. En outre, le franchisé n'a pas établi que la situation du franchiseur était irrémédiablement compromise à la date de signature du contrat. Dès lors, la Cour d'appel, considérant que le franchiseur n'a pas « sciemment caché des informations déterminantes du consentement du franchisé » (et notamment qu'il ne pouvait pas mettre le franchisé en garde contre la future crise du secteur d'activité concerné intervenue postérieurement à la signature du contrat), rejette la demande en nullité du contrat pour dol.

**71** Une autre espèce mérite d'être citée, car bien que relative à un contrat de location-gérance signé par un franchisé, elle apparaît transposable au contrat de franchise. Dans cette affaire, le franchiseur n'avait pas informé le franchisé de l'ouverture, deux semaines avant celui du franchisé, d'un point de vente concurrent, exploité sous une autre enseigne appartenant au franchiseur, et situé à seulement cinquante mètres du point de vente du franchisé. La Cour d'appel de Paris, considérant qu'en l'espèce l'absence de commerce concurrent à proximité constituait une qualité substantielle du fonds donné en location gérance, a prononcé la nullité du contrat de location-gérance pour dol (91).

#### b) La charge de la preuve

Six décisions commentées : CA Paris, 21 janvier 2009 (RG n° 06/11392) ; CA Paris, 19 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-372538) ; Cass. com., 12 novembre 2008 (pourvoi n° 01-17746) ; CA Paris, 6 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-375289), CA Paris, 5 novembre 2008 (RG n° 07/17215) et TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 2006/003843)

#### a) Charge de la preuve de l'existence de l'obligation

**72** S'agissant de la preuve de l'obligation, il faut évidemment distinguer selon sa source : par définition, l'obligation de source légale s'impose au franchiseur, qui est légalement tenu.

En revanche, l'existence même de l'obligation de source contractuelle doit être prouvée par le franchisé, conformément à l'arti-

**87** TC Chambéry, 26 août 2005, RG n° 2004/00521, inédit.

**88** V. par exemple, CA Rennes, 17 juin 2008, RG n° 08/01145 ; Juris-Data n° 2008-006572 : absence d'étude du marché local et comptes prévisionnels grossièrement erronés ; CA Agen, 12 mars 2008, RG n° 07/00393, en matière de concession.

**89** CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 06/02583 ; Juris-Data n° 2008-372538.

**90** CA Paris, 6 novembre 2008, Juris-Data n° 2008-375289.

**91** CA Paris, 5 novembre 2008, RG n° 07/17215.

de 1315, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, selon lequel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

Ainsi, la jurisprudence retient-elle que le franchiseur ne garantit pas contractuellement les comptes prévisionnels qu'il transmet simplement à titre indicatif (92).

### β) Charge de la preuve de l'exécution de l'obligation

**73** Dès lors que l'existence et le contenu de l'obligation d'information ne sont pas contestés, il convient de déterminer la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve de l'exécution de ladite obligation.

Classiquement, et conformément aux règles de droit commun des contrats, c'est au franchiseur qu'il appartient de rapporter la preuve de l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle. La solution, régulièrement rappelée dans le contentieux de la franchise, n'est pas nouvelle (93). En outre, cette solution doit être étendue aux obligations de source conventionnelle car, depuis 1997, celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de ladite obligation (94) ; cette solution est constamment réitérée (95).

La Cour de cassation en rappelle régulièrement le principe. On citera à titre d'exemple — qu'il est possible de qualifier de relativement sévère pour le franchiseur — un arrêt en date du 12 novembre 2008 (96) dans lequel la Cour de cassation a refusé toute valeur probante à la mention, insérée dans le contrat, selon laquelle le franchiseur avait remis au franchisé une étude de marché et un compte d'exploitation prévisionnel avant la signature du contrat.

Néanmoins, la portée de cette décision, laquelle ne fait d'ailleurs l'objet d'aucune publication, doit être nuancée à plusieurs titres. D'une part, selon les termes de la Haute juridiction, la mention concernée était « perdue dans un document de plus d'une centaine de pages n'ayant pas fait l'objet d'une approbation en marge » et d'autre part, en

l'espèce, le dol était constitué par le fait que le franchiseur avait sciemment dissimulé au franchisé des éléments susceptibles de déterminer son consentement. Enfin, un arrêt postérieur de la Cour d'appel de Paris en date du 21 janvier 2009 a pris en considération l'existence d'une mention contractuelle précisant que le franchisé avait reçu les informations prévues par l'article L. 330-3 du Code de commerce dans les délais légaux, cette mention étant par ailleurs corroborée par l'existence d'un accusé de réception du DIP (97).

**74** La preuve de l'exécution de son obligation d'information précontractuelle peut être rapportée par tous moyens par le franchiseur. Une décision récente de la Cour d'appel de Paris (98) illustre parfaitement ce fait, en retenant la possibilité pour le franchiseur de produire des documents postérieurs à la conclusion du contrat de franchise.

Dans cette affaire, le franchiseur soutenait avoir informé le franchisé de l'existence d'un autre exploitant sur la zone d'exclusivité territoriale concédée, disposant lui-même d'une exclusivité sur ledit territoire en vertu d'un contrat de licence de marque. Une procédure judiciaire intentée par le licencié, premier présent sur la zone concédée, avait contraint le franchiseur à résilier le contrat du franchisé, deux mois seulement après l'ouverture de son point de vente. Le franchiseur n'ayant pu produire aucun document précontractuel probant, la Cour indique avoir pris en compte les termes de la lettre de résiliation du contrat de franchise émanant du franchiseur pour déterminer si le franchisé avait ou non été informé : aux termes de la décision de la Cour d'appel, si ce document avait fait allusion à une information préalable du franchisé ou à sa connaissance de la situation — en l'espèce, tel n'était pas le cas — la lettre de résiliation aurait été susceptible de constituer la preuve de l'information du franchisé par le franchiseur.

**75** Même si la preuve de l'exécution par le franchiseur de son obligation peut être rapportée par tous moyens, il est préférable pour le franchiseur d'aménager le contrat de franchise de telle sorte que la charge de la preuve soit renversée — autrement dit, que le

[92] TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843 ; CA Nîmes, 23 juin 2005, Juris-Data n° 2005-282018 : « (...) la fixation d'un chiffre d'affaires minimum annuel (...) était en l'espèce insusceptible de tromper [la franchisée] et de lui laisser croire, comme elle le prétend, qu'il s'agissait d'un engagement de rentabilité pris par son cocontractant après une étude préalable » de sorte « qu'elle n'est pas fondée en conséquence à soutenir avoir cru que cette indication de chiffre d'affaires annuel constituait un engagement de son partenaire ou une promesse de rentabilité attendue reposant sur des études préalables applicables localement (...) » ; v. aussi, en ce sens, CA Paris, 31 janvier 2002, Juris-Data n° 2002-170815 ; CA Chambéry, 10 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-322011.

[93] Cass. com., 16 mai 2000, pourvoi n° 97-16386 ; v. not. pour les juridictions du fond : CA Paris, 23 novembre 2006, RG n° 03/02384, inédit ; CA Paris, 7 décembre 2005, Juris-Data n° 2005-296362 ; CA Pau, 10 octobre 2005, Juris-Data n° 2005-291080 ; CA Basse-Terre, 20 octobre 2003, Juris-Data n° 2003-247239 ; CA Toulouse, 6 décembre 1995, Juris-Data n° 1995-049535 ; CA Paris, 24 mars 1995, Juris-Data n° 1995-021147.

[94] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 avril 1997, Bull. civ. I, n° 75.

[95] V. pour une décision plus récente : Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 20 septembre 2005, pourvoi n° 04-10548.

[96] Cass. com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 01-17746, inédit.

[97] CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392 : « Considérant qu'il résulte du contrat de franchise (...) que le franchisé y reconnaît avoir reçu de son cocontractant « 20 jours minimum avant la signature du présent contrat, le document d'information précontractuelle (...) » ; v. également CA Paris, 6 juin 2008, RG n° 07/03323 prenant en compte les mentions, dans le contrat de franchise, de la remise de multiples informations, de l'insistance du franchiseur pour que les documents soient soumis au conseil du franchisé, et du fait que le franchisé déclarait remplir les conditions de compétences et de diplômes exigées pour exercer l'activité concernée.

[98] CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 06/02583 ; Juris-Data n° 2008-372538.

franchisé ait à rapporter la preuve de l'inexécution par le franchiseur de son obligation (99) — ou encore de mettre en place une procédure interne permettant de constituer cette preuve, par exemple en prévoyant un accusé de réception du document d'information précontractuelle daté et signé par le franchisé (100) ou en demandant au candidat franchisé de parapher les documents d'information qu'il lui remet, et en conservant une copie (101).

**76** Lorsque le franchiseur apporte la preuve de l'exécution de l'obligation, il appartient alors au franchisé, conformément aux dispositions de l'article 1315 du Code civil, de démontrer la mauvaise exécution qu'il invoque (102).

## 2. Le franchisé doit démontrer l'existence d'un vice du consentement

Onze décisions commentées : TGI Paris, ord. réf., 11 juin 2009 (RG n° 09/52384) ; CA Paris, 29 janvier 2009 (RG n° 07/06438) ; CA Paris, 20 novembre 2008 (RG n° 03/07603) ; CA Paris, 19 novembre 2008 (RG n° 07/08568) ; CA Paris, 6 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-375289) ; TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 2006/003843) ; CA Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 06/03859) ; CA Metz, 23 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-371948) ; TC Rouen, 11 juillet 2008 (RG n° 06/008620) ; CA Paris, 6 juin 2008 (RG n° 07/03323) et CA Paris, 4 juin 2008 (RG n° 06/10329)

**77** Les décisions faisant l'objet de la présente étude réaffirment l'état du droit positif, qui peut se résumer en deux propositions : l'inexécution des obligations légales ou contractuelles n'est sanctionnée par la nullité du contrat de franchise que si le défaut d'information a eu pour résultat de vicier le consentement du franchisé (a) ; le

franchisé doit, par tout moyen, rapporter la preuve de l'existence de ce vice (b).

### a) Un vice du consentement du franchisé

#### a) Exigence d'un vice du consentement

**78** Le franchisé peut être tenté de solliciter la nullité du contrat de franchise. Se pose alors la question de savoir si cette nullité est susceptible de résulter de la seule constatation du non-respect par le franchiseur des obligations légales d'information précontractuelle ou s'il est nécessaire, en outre, de relever que ce manquement avait eu pour résultat de vicier le consentement du franchisé. La jurisprudence, désormais constante, retient cette dernière solution.

#### • Évolution jurisprudentielle

**79** Les juridictions du fond ont tout d'abord fait preuve d'une franche hésitation sur cette question. Pour les unes, l'inexécution des obligations légales ou contractuelles ne pouvait être sanctionnée par la nullité du contrat de franchise que si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement du franchisé (103). Pour les autres, en revanche, le non-respect de la loi Doubin (104), d'ordre public, justifiait à lui seul la nullité du contrat de franchise (105).

Depuis 1998, la Cour de cassation a arrêté sa position et rappelle régulièrement que l'inexécution des obligations légales ou contractuelles ne peut être sanctionnée par la nullité du contrat de franchise que si le défaut d'information a eu pour résultat de vicier le consentement du franchisé (106). Cette solution a notamment été réaffirmée en 2005 par deux arrêts de principe rendus par la Cour de cassation au visa des articles L. 330-3 du Code de commerce et 1116 du Code civil (107), dont la portée est importante (108). Depuis lors, la solution est régulièrement reprise par la Cour de cassation (109)

[99] V. pour une application, CA Paris, 23 novembre 2006, RG n° 03/02384, inédit.

[100] V. par exemple, CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392.

[101] Ainsi, la Cour d'appel de Paris a récemment rejeté l'argumentation d'un franchisé, lequel soutenait ne pas avoir reçu certaines informations prévues à l'article L. 330-3 du Code de commerce, en relevant qu'un document contenant ces informations avait été paraphé par les franchisés qui avaient alors expressément reconnu avoir pris connaissance : CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/03859.

[102] TC Paris, 9 septembre 2005, RG n° 2004-004816, inédit.

[103] CA Paris, 19 novembre 1997, Juris-Data n° 1997-024744 ; CA Paris, 26 mars 1999, Juris-Data n° 1999-022939.

[104] Désormais codifiée aux articles L. 330-3 et R. 330-1 et s. du Code de commerce.

[105] CA Paris, 7 juillet 1995, Juris-Data n° 1995-023106 ; CA Montpellier, 4 décembre 1997, Juris-Data n° 1997-056968 ; 21 mars 2000, L. distrib. 2000/4, JCP E 2000, Cah. dr. entr. n° 4, p. 18.

[106] Cass. com., 10 février 1998, Juris-Data n° 1998-000524 ; 19 octobre 1999, pourvois n°s 97-14366 et 97-14367 [deux arrêts] ; 21 novembre 2000, pourvoi n° 98-12527 ; 5 décembre 2000, Juris-Data n° 2000-007354.

[107] Cass. com., 14 juin 2005, pourvois n° 04-13947 et 04-13948 [deux arrêts] : par un attendu de principe rédigé en termes identiques dans les deux décisions, la Cour de cassation fait grief aux juges du fond d'avoir annulé un contrat de franchise sans avoir établi l'existence d'un vice du consentement : « Attendu qu'en se déterminant par ces motifs exclusivement pris de manquements à l'obligation d'information incombant au franchiseur, qui sont impropres à caractériser en eux-mêmes l'existence de manœuvres telles qu'il est évident que, sans elles, les franchisés n'auraient pas contracté, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

[108] La portée de ces deux décisions est d'autant plus importante qu'il s'agit d'arrêts de cassation rendus pour manque de base légale ; de surcroît, les franchisés étaient inexpérimentés dans les deux cas. Dans ces deux affaires, en effet, l'arrêt rendu par la Cour d'appel avait retenu qu'à raison du nombre et de l'importance des documents qui n'avaient pas été fournis dans le délai légal, les manquements du franchiseur à la loyauté et à l'obligation de contracter de bonne foi avaient interdit aux franchisés de s'engager en connaissance de cause, puisqu'ils ignoraient les conditions réelles dans lesquelles ils étaient amenés à contracter.

[109] Cass. com., 20 mars 2007, Juris-Data n° 2007-038114.

et les juridictions du fond (110), y compris au cours de l'année objet de la présente étude (111).

#### • *Appréciation in concreto*

**80** Conformément à une jurisprudence désormais constante, les magistrats apprécient *in concreto* l'existence (ou non) d'un vice du consentement.

En pratique, la jurisprudence tient essentiellement compte de trois éléments :

— la qualité de la personne du franchisé : son inexpérience peut constituer un indice non négligeable de vice de son consentement (112), alors qu'au contraire, ainsi que l'a rappelé un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 janvier 2009 (113), la formation du franchisé (notamment lorsqu'il est titulaire de diplômes en commerce) et son expérience (lorsque le franchisé est « rompu aux affaires ») sont de nature à écarter le vice du consentement que ce dernier invoque ;

— la durée du délai de réflexion dont il a disposé avant la signature du contrat. L'arrêt précité (114) a retenu, pour rejeter le vice du consentement du franchisé, que ce dernier avait disposé d'un délai de six mois entre la remise des informations précontractuelles et la signature du contrat de franchise, et avait ainsi pu « apprécier le potentiel de rentabilité de l'entreprise qu'il envisageait de créer » (115) ;

— et les conseils dont il a pu bénéficier durant cette période précontractuelle (116).

De même, le caractère « très partiel et limité de l'insuffisance dans la documentation fournie » permet-il aux juges d'écarter l'existence d'un vice du consentement du franchisé (117).

**81** Cette appréciation *in concreto* connaît parfois des limites. Il est bien évident, en effet, que, dans certains cas, le dol (ou la réticence dolosive) imputable au franchiseur est à ce point déterminant que ni la qualité du franchisé, ni le délai de réflexion dont il a bénéficié ne suffisent à écarter la demande de nullité. Tel est le cas lorsqu'il peut s'induire des faits de la cause que le franchisé n'aurait certainement pas contracté s'il avait connu les risques auxquels il s'exposait en intégrant le réseau (118).

De même, la nullité du contrat pourra être prononcée lorsque le franchiseur (ou le cédant du contrat de franchise) n'a communiqué aucun DIP et qu'il ne rapporte pas la preuve qu'il a suppléé à cette carence (119).

#### β) Nature du vice : dol ou erreur

**82** La plupart des décisions rendues sur le fondement d'un vice du consentement en matière de franchise portent sur le dol, au sens de l'article 1116 du Code civil. Néanmoins, le vice du consentement peut également être constitué par une erreur du franchisé, au sens de l'article 1110 du Code civil, laquelle — si elle est constituée — est également sanctionnée par la nullité du contrat.

Les conditions de l'erreur sont à la fois plus larges et plus étroites que celles requises en matière de dol : plus larges, car l'erreur ne

[110] CA Paris, 16 novembre 2006, Juris-Data n° 2006-322715 ; CA Versailles, 20 octobre 2006, RG n° 05/04972, inédit ; CA Paris, 7 juin 2006, Juris-Data n° 2006-312420 ; CA Limoges, 2 mars 2006, Juris-Data n° 2006-308976 ; CA Colmar, 31 janvier 2006, Juris-Data n° 2006-304798 ; CA Dijon, 15 novembre 2005, RG n° 04/01450, inédit ; CA Nîmes, 6 octobre 2005, RG n° 04/00563, inédit ; CA Lyon, 31 mars 2005, Juris-Data n° 2005-274619 ; CA Aix-en-Provence, 11 février 2005, Juris-Data n° 2005-272825 ; CA Rennes, 4 janvier 2005, Juris-Data n° 2005-282001.

[111] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04334 ; Juris-Data n° 2008-374079 : « le défaut d'information pré-contractuelle n'emporte pas de plein droit le prononcé de la nullité du contrat de franchise, qu'il incombe au franchisé de démontrer que les manquements dont il se prévaut ont vicié son consentement » : en l'espèce, la nullité n'est pas prononcée alors que le franchiseur n'a semble-t-il pas communiqué la liste des franchisés ayant quitté le réseau ni celle des concurrents présents dans la zone d'exclusivité territoriale ; TGI Paris, ord. réf., 11 juin 2009, RG n° 09/52384, inédit ; pour un exemple récent en matière de contrat de concession v. CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04420, Juris-Data n° 2008-374047 ; CA Rennes, 17 juin 2008, RG n° 08/01145 ; Juris-Data n° 2008-006572.

[112] *Cependant, v. contra*, CA Paris, 6 juin 2008, RG n° 07/03323 : « qu'elle [la société franchisée] devait en tout état de cause être à même d'apprécier elle-même, quelles qu'aient pu être les activités professionnelles antérieures de son gérant, à partir du moment où elle affirmait connaître le concept des agences immobilières X et disposer des compétences et diplômes nécessaires pour exercer la profession d'agent immobilier ».

[113] CA Paris, 29 janvier 2009, RG n° 07/06438 : « Considérant également que rompu aux affaires en raison des fonctions de directeur commercial et de marketing exercées durant onze ans au sein de plusieurs entreprises, titulaire d'une maîtrise en commerce et en droit international, diplômé de l'Institut de commercial international, M. X était parfaitement qualifié pour appréhender les données en sa possession sur les perspectives de rentabilité de son projet et les risques inhérents aux premiers mois d'exploitation » ; v. également CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04420, Juris-Data n° 2008-374047 ; CA Paris, 10 septembre 2008, RG n° 06/03262.

[114] CA Paris, 29 janvier 2009, RG n° 07/06438.

[115] *V. pour un délai de cinq mois* : CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/03859 ; *v. contra*, en matière de concession, sur l'insuffisance d'un délai de cinq mois entre le dépôt de la candidature du concessionnaire et la signature du contrat : CA Agen, 12 mars 2008, RG n° 07/00393.

[116] CA Lyon, 30 avril 2008, Juris-Data n° 2008-3649833.

[117] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/03859.

[118] CA Paris, 26 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-322712 : retenant qu'il en va ainsi lorsque le franchiseur a omis d'indiquer dans le DIP la fermeture de plus d'un tiers des points de vente franchisés en activité lors des douze derniers mois.

[119] *Cass. com.*, 27 mai 2008, pourvoi n° 07-14422, dans une affaire relative à un contrat de concession, transposable à la franchise, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel pour ne pas avoir recherché si, en l'absence de remise du DIP, le concédant n'avait pas communiqué les informations devant être fournies au concessionnaire lors d'un stage de formation ; CA Metz, 23 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-371948 : en l'espèce, l'ancien franchisé n'avait fourni aucun DIP au concessionnaire du contrat de franchise ; la Cour prononce la nullité du contrat de cession du contrat de franchise, refusant de prendre en compte des éléments postérieurs à la signature de l'acte invoqués par le cédant (production a posteriori d'une attestation de revenus et stage de formation de trois jours) ; CA Lyon, 30 avril 2008, Juris-Data n° 2008-364983 ; CA Rennes, 17 juin 2008, RG n° 08/01145, Juris-Data n° 2008-006572 : absence d'étude du marché local et comptes prévisionnels grossièrement erronés.

suppose aucune mauvaise foi chez le cocontractant de l'*errans* (120) ; plus étroites aussi car, d'une part, l'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle porte sur une qualité substantielle de l'une des prestations (au nombre desquelles ne figure pas, par exemple, l'erreur sur la valeur) et, d'autre part, l'annulation peut être refusée s'il apparaît que l'*errans*, ayant manqué à son obligation de s'informer, a commis une erreur inexcusable.

Bien que les décisions rendues en matière d'erreur soient relativement rares, on citera un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris (121), rendu dans des circonstances particulières propres à l'espèce. Le contrat de franchise avait initialement été conclu avec un master franchisé. Par un avenant audit contrat, le franchiseur était devenu le cocontractant du franchisé (à la suite de la résiliation du contrat de master franchise conclu entre le franchiseur et le master franchisé). Le franchisé reprochait en substance au master franchiseur de ne pas l'avoir informé, au jour de la signature de l'avenant, des difficultés d'adaptation du concept en France et de ne pas lui avoir fourni un état et les perspectives du marché local. La Cour d'appel rejette l'argumentation du franchisé, indiquant d'une part, que le franchisé avait expressément reconnu dans l'avenant avoir connaissance des conditions d'exploitation du concept, et d'autre part, que le franchisé ayant exploité le concept depuis plus de deux ans au jour de la conclusion de l'avenant au contrat de franchise, connaissait le marché ainsi que les difficultés d'adaptation du concept, et n'avait donc pu en conséquence faire erreur sur les qualités substantielles du contrat de franchise.

**83** Les juridictions ont tendance à rechercher en premier lieu si le dol est établi et peuvent, à défaut, se placer sur le terrain de l'erreur (122), bien que dans certaines affaires, telle que celle précitée (123), les franchisés n'invoquent que l'erreur.

Ces solutions sont d'une parfaite logique puisque le dol ne constitue jamais qu'une erreur provoquée.

Dans tout dol il y a une erreur, et la preuve d'une erreur permettant l'annulation du contrat, l'absence de preuve de son caractère pro-

voqué ne saurait empêcher ce résultat. Les rappels jurisprudentiels s'expliquent par le fait que le demandeur a tendance à privilégier le dol — en général reproché au franchiseur — au point d'oublier (ou de faire oublier) que l'annulation est acquise dès que l'erreur est établie. Or la preuve des manœuvres dolosives est distincte de la preuve de l'erreur, quand bien même celles-ci auraient causé celle-là : du moment qu'un contractant peut démontrer avoir eu, sans faute de sa part, la conviction que tel ou tel fait existait ou n'existait pas, alors que la réalité était contraire, il a commis une erreur qui met à bas le contrat quand bien même la cause n'en serait pas établie ; il suffit, dans ce cas, que l'erreur n'émane pas d'une faute inexcusable de celui qui en est victime et dont la vigilance minimale aurait épargné la croyance erronée.

Néanmoins, la frontière entre l'erreur et le dol n'est pas toujours parfaitement nette, ainsi que l'illustre par exemple un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 novembre 2008 (124), dans lequel la Cour affirme, pour conclure que le franchisé n'a pas valablement contracté, que : « le dol, à tout le moins le vice du consentement, est ainsi caractérisé ».

## b) Charge de la preuve et moyens de preuve

**84** Les vices du consentement ne se présument pas, et doivent en conséquence être prouvés (125). C'est à celui qui soutient que son consentement a été vicié en raison de l'inexécution d'une obligation d'information — généralement le franchisé — de rapporter la preuve de ce vice (126). Ainsi, la Cour d'appel de Paris a justement rappelé que pour faire annuler son contrat pour dol, celui qui se prétendait franchisé devait préalablement « décrire et démontrer les manœuvres qui ont été mises en pratique par [le franchiseur] en vue de lui faire souscrire le contrat litigieux et sans lesquelles il était évident que [le franchisé] n'aurait pas contracté » (127).

Ainsi, la charge de la preuve du vice du consentement pèse sur le franchisé (128). La solution n'est pas nouvelle ; elle est consacrée de longue date — tant pour l'erreur que pour le dol — par la Cour de cassation (129) et les juridictions du fond (130).

(120) Au contraire, s'agissant du dol, la jurisprudence exige une telle preuve, ainsi que le rappelle le Tribunal de commerce de Rouen, dans un arrêt du 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit.

(121) CA Paris du 20 novembre 2008, RG n° 03/07603 : « Que les sous-franchisés étaient parfaitement informés des conditions du contrat et n'établissent pas qu'ils auraient commis une erreur sur les qualités substantielles de ce contrat ».

(122) CA Paris, 6 juin 2008, RG n° 07/03323 ; TC Paris, 7 novembre 2005, Juris-Data n° 2005-299489 ; CA Paris, 26 janvier 2001, Juris-Data n° 2001-151449.

(123) CA Paris du 20 novembre 2008, n° 03/07603 (en matière de master franchise).

(124) CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 07/08568 : « Il est évident que si elle avait connu le caractère illicite de son contrat eu égard aux droits de M<sup>me</sup> L., elle n'aurait pas contracté ; que le dol, à tout le moins le vice du consentement, est ainsi caractérisé ; que la SARL G. n'a donc pas valablement contracté ».

(125) Pour un exemple récent, v. TC Rouen, 11 juillet 2008, RG n° 2007/008620, inédit.

(126) V. pour un rappel récent de cette règle : TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit : « Attendu que le vice du consentement ne se présume pas, doit être prouvé et requiert un élément intentionnel, la volonté de fausser le consentement de son cocontractant. Attendu que la charge de le prouver incombe à [la société franchisée] en sa qualité de demanderesse ».

(127) CA Paris, 4 juin 2008, RG n° 06/10329.

(128) V. pour des applications récentes : CA Paris, 6 novembre 2008, Juris-Data n° 2008-375289 : « Considérant que [les franchisés] ne démontrent donc pas que [le franchiseur] aurait manqué à son obligation légale d'information et aurait sciemment caché des informations déterminantes du consentement du franchisé ; que leur demande en nullité du contrat de franchise pour dol doit, en conséquence, être rejetée » ; CA Lyon, 13 septembre 2007, Juris-Data n° 2007-344621.

(129) Cass. com., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-20510, inédit ; 14 janvier 2003, pourvoi n° 01-10120, inédit ; 16 mai 2000, pourvoi n° 97-16386 ; 10 janvier 1995, pourvoi n° 92-17892.

**85** S'agissant d'un fait juridique, le vice du consentement peut être établi par tous moyens. En particulier, le franchisé peut se référer à tous éléments, notamment ceux survenus lors de l'exécution du contrat (131).

### 3. La sanction de la violation de l'obligation d'information précontractuelle

Treize décisions commentées : CA Paris, 9 avril 2009 (RG n° 06/14632) ; CA Rouen, 19 février 2009 (RG n° 05/03208) ; Cass. com., 27 janvier 2009 (pourvoi n° 07-21616) ; CA Paris, 20 novembre 2008 (RG n° 07/03323 et 03/07603) ; CA Paris, 19 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-372538) ; CA Paris, 6 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-375289) ; Cass. com., 12 novembre 2008 (pourvoi n° 01-17746) ; CA Nancy, 22 octobre 2008 (RG n° 00/00865) ; TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 2006/003843) ; CA Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 06/03859) ; CA Metz, 23 septembre 2008 (Juris-data n° 2008-371948) ; CA Rennes 17 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-006572) et CA Paris, 6 juin 2008 (RG n° 07/03323)

#### a) La sanction du dol

**86** Lorsqu'il est établi que la violation de l'obligation d'information précontractuelle a vicié le consentement du franchisé par l'effet d'un dol ou d'une erreur, la sanction généralement admise est la nullité du contrat de franchise, conformément aux termes de l'article 1116 du Code civil.

Cette règle et ses conséquences ont récemment été rappelées par la jurisprudence (132). En particulier, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 9 avril 2009 (133), a indiqué qu'en conséquence de l'annulation du contrat de franchise, le franchiseur est tenu de restituer au franchisé la totalité des sommes qu'il a reçues au titre du droit d'entrée et des redevances de franchise. Les juges de première instance avaient refusé la restitution au franchisé des sommes qu'il avait versées au franchiseur dans le cadre d'un plan d'action promotionnel, considérant que le franchisé avait incontestablement bénéficié de ce plan : la Cour d'appel infirme la décision des premiers juges sur ce point et restitue au franchisé les sommes versées au titre du plan d'action promotionnel, au motif qu'eu égard à l'an-

nulation du contrat de franchise, le plan d'action promotionnel ne pouvait avoir eu aucune efficacité.

**87** Il est courant que la conclusion d'un contrat de franchise soit accompagnée d'un engagement de caution, destiné à protéger le franchiseur contre l'insolvabilité du franchisé. En principe, la nullité du contrat de franchise entraîne la nullité du cautionnement qui en constitue l'accessoire. Néanmoins, dans certaines hypothèses, la nullité du cautionnement n'est pas automatique, en particulier lorsque ce dernier n'a pas pour unique objet de garantir l'exécution du contrat de franchise. La Cour de cassation, au visa de l'article 2289 du Code civil, a rappelé cette règle dans une décision en date du 12 novembre 2008 (134), concernant un acte de cautionnement dans lequel les cautions s'étaient également engagées au titre de l'encourt four-nisseur. L'arrêt de la Cour d'appel, qui avait prononcé la nullité du cautionnement en considération de la nullité des contrats de franchise et de location-gérance conclus par le franchisé, est censuré par la Cour de cassation. Selon cette dernière, certaines livraisons de marchandises demeurant impayées, l'acte de cautionnement ne pouvait pas être annulé du fait de la seule nullité des contrats de franchise et de location-gérance, mais devait au contraire conserver son efficacité à l'égard des obligations subsistantes (en l'espèce, les impayés).

**88** Ainsi que l'a récemment rappelé la Cour d'appel de Paris (135), la nullité du contrat de franchise a un effet rétroactif et contraint les deux parties à se placer dans l'état antérieur à la conclusion du contrat. Dans certaines situations, les conséquences de la nullité ne conviennent pas au franchisé qui invoque la violation de l'obligation précontractuelle (par exemple lorsqu'elle aboutit à d'importantes restitutions de matériel au franchiseur) ; dans un tel cas, le franchisé peut choisir de solliciter des sanctions alternatives à la nullité.

À ce titre, la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt en date du 27 janvier 2009 (136), que le dol commis par le franchiseur, n'est pas nécessairement sanctionné par la nullité du contrat. En effet, conformément à une jurisprudence constante en droit des contrats (137), le dol — qui constitue non seulement un vice du consentement mais également une faute civile — peut également être sanctionné

**[130]** CA Versailles, 20 octobre 2006, RG n° 05/04972, inédit : soulignant qu'« il appartient à la société [franchisée] de rapporter la preuve d'un vice du consentement et non à la société [franchiseur] de prouver que le consentement n'a pas été vicié même si le non-respect de l'obligation légale d'information était établi » ; v. aussi, CA Chambéry, 10 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-322011 ; CA Dijon, 15 novembre 2005, RG n° 04/01450, inédit ; CA Basse-Terre, 20 octobre 2003, Juris-Data n° 2003-247239 ; CA Paris, 26 février 1996, Juris-Data n° 1996-020858 ; CA Bordeaux, 14 novembre 1994, Juris-Data n° 1994-049779 ; CA Paris, 30 juin 1994, Juris-Data n° 1994-023139.

**[131]** Selon la Cour de cassation, en effet, n'inverse pas la charge de la preuve la Cour d'appel qui, pour se prononcer sur l'existence d'un vice du consentement au moment de la formation du contrat, se fonde sur des « éléments d'appréciation postérieurs à cette date » (Cass. com., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-20510).

**[132]** CA Rennes, 17 juin 2008, RG n° 08/01145, Juris-Data n° 2008-006572 ; CA Paris, 9 avril 2009, RG n° 06/14632.

**[133]** CA Paris, 9 avril 2009, RG n° 06/14632 ; v. également CA Metz, 23 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-371948 refusant la demande de paiement d'impayés formulée par le cédant du contrat de franchise, au motif qu'à la suite de la nullité du contrat de cession du contrat de franchise, il y a lieu de remettre les parties dans l'état antérieur à sa conclusion et CA Agen, 12 mars 2008, RG n° 07/00393, refusant le remboursement du matériel informatique et de vidéoprojection acquis par un concessionnaire, au motif qu'il n'était pas établi que ces investissements étaient nécessaires pour l'exercice de son activité.

**[134]** Cass. com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 01-17746, inédit.

**[135]** CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 06/02593, Juris-Data n° 2008-372538.

**[136]** Cass. com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-21616, inédit.

**[137]** V. par exemple, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 février 1975, Bull. civ. I, n° 43 ; 4 octobre 1988, Bull. civ. I, n° 265 ; Cass. com., 18 octobre 1994, D. 1995. 180, note Atias [possibilité de demander des dommages et intérêts malgré le désistement de l'action en nullité pour dol].

par l'octroi de dommages et intérêts. La victime du dol peut également limiter sa demande à une simple réduction de prix (138).

Dans l'affaire commentée, la Cour d'appel avait rejeté à tort la demande du franchisé au motif que ce dernier avait uniquement sollicité une condamnation du franchiseur à lui verser des dommages et intérêts alors que, selon la Cour d'appel, la sanction d'une convention contractée avec dol aurait nécessairement supposé une demande de nullité du contrat. L'arrêt d'appel est censuré par la Cour de cassation qui réaffirme la possibilité pour le franchisé de solliciter exclusivement l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'il avait subi, à l'exclusion de toute demande de nullité du contrat.

## b) La responsabilité délictuelle du franchiseur

**89** Dans certaines hypothèses, notamment lorsqu'il n'est pas en mesure de prouver que la faute du franchiseur l'a incontestablement convaincu de conclure le contrat de franchise, ou qu'il ne souhaite pas voir le contrat de franchise annulé, le franchisé tend à privilégier la recherche de la responsabilité délictuelle du franchiseur. Cette alternative à la preuve d'un vice du consentement du franchisé, bien qu'elle permette en pratique de contourner les règles prétoriques encadrant strictement l'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce, est admise (139). Encore faut-il bien entendu que le franchisé rapporte la double preuve d'une part, que le franchiseur a commis une faute et, d'autre part que cette faute du franchiseur dans l'exécution de son obligation d'information précontractuelle est la cause du préjudice au franchisé (140).

L'admission de la responsabilité civile du franchiseur pour sanctionner une information précontractuelle défaillante a été récemment rappelée par la Cour d'appel de Rouen (141), laquelle, pour condamner le franchiseur, n'a pas fondé sa décision sur le dol ou sur l'erreur — et n'a donc pas annulé le contrat de franchise — mais a exclusivement retenu la faute du franchiseur (constituée par l'élaboration de comptes prévisionnels totalement erronés).

## c) L'indemnisation du préjudice subi par le franchisé

**90** Deux décisions récentes (142) se sont prononcées sur la question de savoir qui peut prétendre à une indemnisation en cas de

violation par le franchiseur de son obligation d'information précontractuelle.

Dans la première espèce (143), les personnes physiques gérant la société franchisée demandaient réparation du préjudice qu'elles estimaient avoir subi à titre personnel, alors que le franchiseur soutenait que seule la société franchisée aurait pu formuler une telle demande. Selon la Cour d'appel de Rouen, un tel argument était inopérant : la faute du franchiseur ayant été commise non pas à l'égard de la société franchisée qui n'existait pas encore, mais à l'égard du couple de gérants, ce dernier pouvait en conséquence valablement solliciter une indemnisation du préjudice qu'il avait subi.

Dans la seconde espèce (144), la Cour d'appel de Paris étend le principe de l'indemnisation sans s'attacher à la qualité de signataire du contrat de franchise : elle indemnise à la fois la société franchisée, seule signataire du contrat de franchise, et son gérant personne physique.

**91** Par ailleurs, concernant le champ et le montant de l'indemnisation à laquelle le franchisé peut prétendre, les décisions des Cours d'appel de Paris et de Rouen apportent plusieurs précisions, dont on relèvera que certaines sont contradictoires.

En effet, s'agissant des dommages et intérêts réclamés par les gérants de la société franchisée, en réparation des salaires qu'ils n'ont pas pu percevoir, les deux Cours d'appel diffèrent. La Cour d'appel de Rouen (145) écarte l'évaluation de ces salaires basée sur les comptes prévisionnels, invoquant — à juste titre selon nous — le fait que l'exactitude de ces comptes prévisionnels étant précisément contestée à la fois par le franchisé et par la Cour (et justifie d'ailleurs la nullité du contrat de franchise), ceux-ci ne sauraient donc servir de base de calcul pour l'indemnisation du franchisé. Or la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt postérieur (146), fonde l'indemnisation du gérant de la société franchisée sur le revenu escompté figurant dans les comptes prévisionnels fournis par le franchiseur.

En revanche, les deux Cours d'appel ont jugé que le franchisé ne pouvait pas se prévaloir d'une perte de revenus (par exemple d'une perte de salaires) mais uniquement d'une perte de chance d'obtenir ces revenus, laquelle réduit substantiellement le montant de l'indemnisation à laquelle le franchisé peut prétendre (147).

[138] Cass. com., 14 mars 1972, pourvoi n° 70-12659, D. 1972, 547 et 653.

[139] Cass. com., 4 février 2004, Juris-Data n° 2004-022354.

[140] CA Paris, 7 décembre 2005, Juris-Data n° 2005-296362 ; CA Caen, 3 novembre 2005, Juris-Data n° 2005-286650.

[141] CA Rouen, 19 février 2009, RG n° 05/03208, Juris-Data n° 2009-001655, dans lequel la Cour d'appel se contente du constat d'une faute du franchiseur (en l'espèce le caractère totalement erroné des chiffres d'affaires prévisionnel) pour engager la responsabilité du franchiseur.

[142] CA Rouen, 19 février 2009, RG n° 05/03208, Juris-Data n° 2009-001655 ; CA Paris, 9 avril 2009, RG n° 06/14632.

[143] CA Rouen, 19 février 2009, RG n° 05/03208 ; Juris-Data n° 2009-001655.

[144] CA Paris, 9 avril 2009, RG n° 06/14632.

[145] CA Rouen, 19 février 2009, RG n° 05/03208.

[146] CA Paris, 9 avril 2009, RG n° 06/14632.

[147] Dans la première espèce, le couple de franchisé avait sollicité l'indemnisation, pour chacun, de deux années de salaires. La Cour d'appel de Rouen leur a respectivement octroyé une indemnisation de 30.000 € s'agissant du dirigeant, et de 5.000 € pour son épouse en sa qualité de vendeuse, sur le fondement d'une simple perte de chance. Dans la seconde espèce, le gérant de la société franchisée a obtenu une somme de 15.000 € de dommages et intérêts au lieu des 95.000 € initialement réclamés.

Enfin, les anciens franchisés obtiennent la condamnation de leur franchiseur à les indemniser de différents préjudices, dont pour certains le principe peut s'avérer contestable. En effet, la société franchisée faisant l'objet d'une liquidation judiciaire, la Cour d'appel de Rouen octroie à l'ancien gérant l'indemnisation d'une perte de chance d'obtenir le paiement de la créance en compte courant qu'il détient à l'encontre de la société franchisée, et admet le principe de l'indemnisation de la perte de rémunération dudit compte courant. Par ailleurs, l'ancien gérant de la société franchisée obtient la condamnation du franchiseur à lui rembourser le montant qu'il avait investi dans le capital social de la société franchisée, lequel était définitivement perdu du fait de la procédure collective. Enfin, l'ancien gérant et son épouse obtiennent la condamnation du franchiseur à indemniser leur préjudice moral (148). S'agissant de la décision de la Cour d'appel de Paris, celle-ci octroie au gérant de la société franchisée le remboursement des sommes qu'il a versées en qualité de caution de la société franchisée, et admet le principe de l'indemnisation de la société franchisée pour les déficits d'exploitation cumulés, les intérêts de la dette bancaire valorisée au bilan, ainsi que le remboursement du compte courant d'associé restant dû au gérant (149).

#### d) Prescription de l'action en nullité

##### a) Règle générale

**92** L'action en nullité se prescrit par cinq ans en vertu de l'article 1304 du Code civil.

Néanmoins, et la Cour d'appel de Nancy l'a rappelé dans un arrêt du 22 octobre 2008 (150), l'exception de nullité est perpétuelle si elle tend à faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a encore reçu aucun commencement d'exécution. En pratique, l'intérêt du caractère perpétuel de l'exception de nullité demeure limité s'agissant du contrat de franchise, contrat à exécution successive, dont l'exécution a généralement débuté au jour où l'un des cocontractants entend se prévaloir de la nullité.

##### β) La spécificité de l'action en nullité pour dol ou erreur

**93** L'article 1304 du Code civil précise que le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité dans les cas de dol ou d'erreur est le jour où cette erreur ou ce dol est découvert.

Dans un arrêt du 12 novembre 2008 (151), la Cour de cassation est venue préciser l'application de cet article en cas de violation de l'obligation d'information précontractuelle. Dans cette affaire, le franchiseur soutenait que la Cour d'appel ayant prononcé la nullité du contrat en raison du défaut de remise de documents d'information précontractuelle, celle-ci aurait dû fixer le point de départ du délai de prescription au jour de la conclusion du contrat de franchise, date à laquelle le franchisé était à même de découvrir le dol. La Cour de cassation rejette l'argumentation du franchiseur : ce dernier ayant dissimulé des informations au franchisé susceptibles d'affecter son consentement, le vice ne pouvait être décelé à la date de conclusion du contrat. En conséquence, la Cour d'appel avait pu valablement fixer le départ du délai de prescription à une date ultérieure, en l'espèce à la date de versement du dernier loyer du franchisé.

#### B. La cause

**Quatre décisions commentées : CA Grenoble, 23 avril 2009 (Juris-Data n° 2009-004990) ; CA Paris, 21 janvier 2009 (RG n° 06/11392) ; Cass. com., 12 novembre 2008 (pourvoi n° 01-17746) ; TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 003843)**

**94** Afin d'obtenir la nullité du contrat de franchise, le franchisé invoque parfois un défaut de cause dudit contrat, objectant qu'il n'a pu bénéficier de l'une des obligations inhérentes au contrat de franchise (152) : la mise à disposition de signes distinctifs (marque, enseigne ou nom commercial), la transmission d'un savoir-faire, la fourniture d'une assistance technique et commerciale. Lorsque l'une de ces obligations fait défaut dans le contrat de franchise, celui-ci doit être annulé pour absence de cause, en application des articles 1108 et 1131 du Code civil (153). Un tel raisonnement juridique est classique et se rencontre au sujet de tout type de contrat commercial (154).

Ce faisant, le juge doit se placer à la date de formation du contrat, et non de son exécution ; la Cour de cassation y veille constamment, en matière de franchise notamment (155). Cela implique que les trois éléments précités existent et qu'ils aient été effectivement transmis par le franchiseur au franchisé.

[148] En l'espèce, l'indemnisation de la rémunération du compte courant est uniquement refusée au gérant de la société franchisée en raison d'un manque de preuve.

[149] CA Paris, 9 avril 2009, RG n° 06/14632.

[150] CA Nancy, 22 octobre 2008, RG n° 00/00865.

[151] Cass. com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 01-17746, inédit.

[152] Pour la même raison, lorsqu'un savoir-faire n'est transmis qu'à titre accessoire, le contrat de concession ne pourra pas être requalifié en contrat de franchise (Cass. com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 06-15970, inédit) ; de même, ne constitue pas un contrat de franchise une convention simplement intitulée « contrat » qui ne contient pas l'engagement de communiquer un savoir-faire à un distributeur contractuellement qualifié de dépositaire (CA Paris, 29 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-353808).

[153] CA Montpellier, 27 novembre 2001, Juris-Data n° 2001-176699 ; CA Poitiers, 11 juin 1996, Juris-Data n° 1996-056520 ; CA Paris, 14 avril 1995, Juris-Data n° 1995-021571 ; CA Montpellier, 8 mars 1995, Juris-Data n° 1995-034068 ; Cass. com., 9 octobre 1990, Juris-Data n° 1990-002525.

[154] V. par exemple, CA Grenoble, 23 avril 2009, Juris-Data n° 2009-004990 : retenant que le débitant de boissons ne peut arguer de la nullité du contrat d'approvisionnement exclusif de bières et que son engagement n'est pas dépourvu de cause dès lors qu'il bénéficie, en contrepartie de son obligation de s'approvisionner exclusivement auprès du brasseur, du cautionnement du prêt professionnel qu'il a souscrit.

[155] Cass. com., 26 mars 1996, pourvoi n° 94-14853, Juris-Data n° 1996-001397 ; 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-17232, Juris-Data n° 1997-003631.

## 1. Le savoir-faire

### a) L'existence du savoir-faire

**95** À titre préliminaire, il sera précisé que les développements jurisprudentiels relatifs au savoir-faire, notamment quant à sa définition, seront sans doute amenés à évoluer au cours des prochaines années.

En effet, en l'absence de définition du savoir-faire par le droit national, la jurisprudence se réfère à celle fournie par le règlement n° 2790/1999 relatif à l'exemption par catégories des accords verticaux et des pratiques concertées, c'est-à-dire des ententes verticales. Or, ce dernier arrivant à expiration en mai 2010, la Commission européenne a publié, le 28 juillet 2009, le projet de règlement communautaire destiné à le remplacer. Bien qu'il ne soit pas définitif, le projet de règlement apporte deux principales modifications concernant le savoir-faire, lesquelles s'avèreront en pratique principalement favorables aux franchiseurs, dont à ce jour il demeure difficile de mesurer précisément l'impact si elles étaient maintenues dans la version finale du nouveau règlement communautaire.

D'une part, le projet de règlement intègre le savoir-faire dans la définition des droits de propriété intellectuelle, lui conférant ainsi une protection renforcée, qui reste néanmoins à définir (156).

D'autre part, il modifie la définition du savoir-faire pour l'assouplir. En particulier, le projet de règlement communautaire prévoit que le caractère substantiel du savoir-faire signifie que ce dernier devrait désormais uniquement être « important et utile » à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels, alors que le règlement actuellement en vigueur impose que les informations contenues dans le savoir-faire soient « indispensables » à l'acheteur (157).

**96** Les décisions objets de la présente étude rendues en 2008 et 2009 précisent quant à elles les critères d'appréciation actuels propres à établir l'existence d'un savoir-faire et ceux qui, par nature, doivent être indifférents à cette appréciation.

Ces décisions sont importantes car :

— si, en vertu du principe de droit commun *actor incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor*, la preuve de l'absence ou du manque d'originalité du savoir-faire incombe à celui qui l'invoque, cette solution doit être cependant nuancée dès lors qu'en pratique, les juridictions s'attachent en réalité le plus souvent à relever que des prestations ont bien été fournies au franchisé. Il n'est pas rare que le franchiseur doive apporter la preuve qu'il a transmis un concept au franchisé (158), à charge pour le franchisé, une fois ceci établi, de démontrer que ce concept ne répond pas aux caractères du savoir-faire, et notamment qu'il est dépourvu d'originalité (159) ;

— les juges du fond apprécient souverainement les éléments de preuve qui leur sont soumis pour justifier de la réalité du savoir-faire (160).

**97** En outre, la jurisprudence précise les critères d'appréciation que le juge doit exclure pour évaluer l'existence du savoir-faire.

Parmi les décisions récentes, on citera un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 janvier 2009 (161), lequel a entériné une décision commentée dans notre précédente étude (162), en confirmant que l'originalité requise pour la constitution du savoir-faire ne doit pas nécessairement se rapporter à tous les éléments transmis par le franchiseur au franchisé.

Dans une autre affaire, les juges du fond ont rappelé que le savoir-faire d'un franchiseur n'est pas nécessairement original ou spécifique mais qu'il doit être évalué en fonction de son antériorité et du succès du réseau qu'il réunit (163).

[156] Article 1.1.d) du projet de règlement : « « droits de propriété intellectuelle », les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins ».

[157] Article 1.1.e) du projet de règlement : « « savoir-faire », un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, « secret » signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; « substantiel » signifie que le savoir-faire est important et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ; « identifié » signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité ».

[158] Pour des hypothèses où cette preuve n'est pas rapportée : v. CA Nîmes, 14 février 2006, Juris-Data n° 2006-301670 ; CA Poitiers, 11 juin 1996, Juris-Data n° 1996-056520 ; Cass. com., 30 janvier 1996, pourvoi n° 94-13792 ; CA Paris, 14 avril 1995, Juris-Data n° 1995-021571 ; 30 novembre 1994, Juris-Data n° 1994-024505 ; 11 juin 1992, Juris-Data n° 1992-022125 ; pour des hypothèses où la juridiction relève qu'un concept a bien été transmis au franchisé, v. par exemple, CA Paris, 23 novembre 2006, Juris-Data n° 2006-339929 ; CA Aix-en-Provence, 30 novembre 1995, Juris-Data n° 1995-050808 ; CA Pau, 21 décembre 1994, Juris-Data n° 1994-051866 ; CA Bordeaux, 14 novembre 1994, Juris-Data n° 1994-049779 ; CA Paris, 15 septembre 1994, Juris-Data n° 1994-022528 ; 15 avril 1992, Juris-Data n° 1992-021436 ; CA Aix-en-Provence, 10 janvier 1992, Juris-Data n° 1992-040560 ; CA Grenoble, 25 janvier 1989, Juris-Data n° 1989-042556.

[159] CA Toulouse, 4 mai 2000, Juris-Data n° 2000-122079 ; Cass. com., 6 avril 1999, pourvoi n° 96-20048 ; CA Montpellier, 23 mai 1996, Juris-Data n° 1996-034666 ; CA Paris, 2 mars 1995, Juris-Data n° 1995-021576 ; TC Paris, 19 septembre 1994, Juris-Data n° 1994-046476 ; CA Paris, 16 avril 1991, Juris-Data n° 1991-021700.

[160] Cass. com., 20 mai 2008, pourvoi n° 06-19234, inédit.

[161] CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392 : « le savoir-faire que le franchiseur a obligation de transmettre au franchisé ne lui impose pas de transmettre des éléments essentiellement originaux, que cette transmission peut, au contraire, être acquise, comme en l'espèce, par la mise à disposition du franchisé d'une gamme de produits sélectionnés [peu importe que chacun des produits concernés puisse être commercialisé par un tiers], d'un concept décliné par la « présentation » des boutiques, les conseils donnés pour les relations avec la clientèle et la mise à disposition de l'enseigne ».

[162] CA Montpellier, 27 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-353372 : soulignant successivement que « certes les techniques sont connues et le dossier ne permet pas, en l'absence de test comparatif, de déterminer si l'un ou les autres produits et le disque étaient originaux et d'une efficacité supérieure à ceux des concurrents autrement dénommés, une telle originalité n'étant cependant pas requise pour la validité d'un contrat de franchise » et que le franchisé « s'étant vu transmettre des connaissances, schémas techniques, procédures et modes opératoires qui, globalement, permettaient de réaliser dans des conditions optimales l'objet de la franchise, l'existence du savoir-faire est contestée à tort ».

[163] TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 003843, inédit. En l'espèce, le Tribunal précise que « le franchisé a choisi librement son franchiseur comme, depuis 1995, 150 autres à la date de remise du DIP ».

Il convient de rappeler également, à titre d'exemples, que la « simplicité du concept » n'est pas de nature à remettre en cause l'existence du savoir-faire (164), que l'insuffisance du « succès commercial » rencontré par le franchiseur comme son « expérience limitée » au moment de la signature du contrat de franchise ne suffisent pas à établir l'absence de tout savoir-faire (165) et que l'inexpérience d'un franchiseur étranger sur le territoire français (166) ne suffit pas davantage à caractériser l'absence de savoir-faire. Ces solutions doivent être approuvées : la déconvenue commerciale, l'insuccès du concept ou l'insuffisante expérience du franchiseur sont extrinsèques au savoir-faire proprement dit. De tels événements ne sauraient donc suffire à établir l'absence de savoir-faire. L'existence et l'originalité du savoir-faire peuvent être également déduites de la reconnaissance de l'efficacité du concept par des professionnels de la franchise (167) ou par la presse (168).

De même, dans une décision récente, la Cour d'appel de Paris (169) a écarté l'argumentation d'un franchisé, lequel contestait l'existence du savoir-faire notamment en évoquant le fait qu'il aurait été l'un des premiers franchisés du réseau : la Cour rejette cet argument aux motifs d'une part, que le franchisé avait connaissance de cet élément en s'engageant dans le contrat de franchise, et d'autre part, que ce fait ne peut constituer en soi un manquement à l'objet du contrat ou un vice du consentement conduisant à la nullité de celui-ci.

**98** Pour autant, les juges du fond estiment dans certains cas que le savoir-faire n'existe pas (170).

## b) La transmission du savoir-faire

**99** Le franchiseur est tenu d'une obligation de transmission de son savoir-faire au franchisé.

Cette transmission peut revêtir différentes formes. Elle peut intervenir par exemple par des formations pré-ouverture, la remise d'une bible codifiant le fonctionnement de la franchise et/ou d'autres guides, des réunions et séminaires de formation post-ouverture.

Ainsi, une décision récente de la Cour d'appel de Paris (171) a pris en considération les éléments suivants pour établir la réalité de la transmission du savoir-faire : la participation du responsable de la franchise, à plusieurs reprises, à des stages de formation et à des réunions de franchisés, les conseils personnalisés adressés par le franchiseur au franchisé, l'assistance dans la conduite des campagnes publicitaires, et la transmission d'une série de produits spécifiques destinés à une clientèle spécialisée.

On rappellera à toutes fins utiles que le savoir-faire n'a pas nécessairement à être transféré par écrit (172), bien que la constitution d'une bible soit recommandée (173), ne serait-ce qu'à titre probatoire.

Une telle solution ne peut qu'être approuvée. S'il paraît normal, en effet, que les informations précontractuelles prévues par les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce soient communiquées par écrit (174), ces textes prévoyant expressément la remise d'un « document », cette exigence n'est pas requise en ce qui concerne la transmission du savoir-faire, faute de texte le prévoyant expressément.

## 2. Les signes distinctifs

**100** Parmi les éléments devant être transmis par le franchiseur au franchisé, figurent les droits sur les signes distinctifs du franchiseur, qu'il s'agisse du nom commercial, de l'enseigne, et/ou de la marque de ce dernier.

Bien que les décisions objet de la présente étude n'aient pas soulevé de débat particulier s'agissant de la transmission des droits sur les signes distinctifs, on rappellera qu'en l'absence des signes distinctifs, la jurisprudence retient que le contrat de franchise doit être annulé pour absence de cause, en particulier lorsque la marque n'a pas été enregistrée auprès de l'INPI (175) avant la signature du contrat de franchise (176). En revanche, le contrat est toujours valable lorsque la marque a été enregistrée avant la conclusion du contrat de franchise (177) ; la solution n'est pas nouvelle (178).

[164] CA Paris, 7 juin 2006, *Juris-Data* n° 2006-312420.

[165] CA Paris, 23 novembre 2006, RG n° 03/02384, inédit.

[166] TC Paris, 28 septembre 2005, RG n° 2002-055929, inédit.

[167] CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG n° 06/02396, inédit ; v. aussi, CA Paris, 7 juin 2006, *Juris-Data* n° 2006-312420.

[168] CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG n° 06/02396, inédit.

[169] CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392.

[170] V. par exemple Cass. com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-13211, *Juris-Data* n° 2007-039825 ; TC Marseille, 17 mars 2008, RG n° 2007/F01813, inédit.

[171] CA Paris, 24 septembre 2008, *Juris-Data* n° 2008-374079.

[172] CA Paris, 7 juin 2006, *Juris-Data* n° 2006-312420 : « la circonstance que lesdites techniques soient transférées oralement aux franchisés aux cours de stages de formation est sans influence sur la réalité du savoir-faire considéré ».

[173] CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG n° 06/02396, inédit : soulignant, pour caractériser la réalité du savoir-faire, que le franchiseur « remettait à chaque franchisé lors de son entrée dans le réseau une bible de 180 pages identifiant ses techniques propres et abordant les thèmes les plus importants à savoir le fonctionnement du magasin, les méthodes de vente, la formation et l'assistance ».

[174] V. en ce sens, CA Pau, 10 octobre 2005, *Juris-Data* n° 2005-291080.

[175] Institut national de la propriété industrielle.

[176] Cass. com., 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-19185, inédit ; CA Limoges, 2 mars 2006, *Juris-Data* n° 2006-308976.

[177] CA Versailles, 20 octobre 2006, RG n° 05/04972, inédit.

[178] V. par exemple, CA Paris, 15 septembre 1994, *Juris-Data* n° 1994-022528.

**101** À cet égard, il convient de préciser que si, au moment où le contrat de franchise est conclu, le franchiseur a seulement procédé au « dépôt » de la marque et non pas à son « enregistrement » (179), un tel contrat pourrait encourir la nullité, puisqu'au moment de sa formation, un élément essentiel — le droit sur la marque — fait encore défaut (180). La prudence recommanderait alors, à tout le moins (181), soit de prévoir une condition suspensive tenant à la bonne fin de la procédure d'enregistrement auprès de l'INPI, soit, de manière plus radicale, d'exclure expressément la marque des motifs constituant la cause impulsive et déterminante de la volonté du partenaire franchisé de contracter (182) (à la condition qu'un ou plusieurs autres signes distinctifs, tels que l'enseigne, fassent partie intégrante du contrat de franchise, sous peine que l'un des éléments constitutifs du contrat de franchise fasse défaut, conduisant ainsi à sa nullité).

On rappellera enfin que, conformément au droit commun, l'absence de cause affectant un contrat n'est protectrice que du seul intérêt particulier de l'un ou l'autre des cocontractants et s'analyse comme telle en une nullité relative soumise à la prescription quinquennale du premier alinéa de l'article 1304 du Code civil (183).

### C. Respect des règles du droit de la concurrence

Trois décisions commentées : CA Paris, 7 janvier 2009 (RG n° 06/13301) ; Cons. conc., 29 octobre 2008 (déc. n° 08-D-25) ; CA Dijon, 16 octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-371952)

**102** Une décision récente de la Cour d'appel de Paris, bien qu'en l'espèce la demande en nullité formulée par le franchisé ait été rejetée, a utilement rappelé que la nullité du contrat de franchise peut être sollicitée, et ce même si l'ensemble des éléments prévus à l'article 1108 du Code civil (consentement, capacité, objet et cause) était réuni au jour de la conclusion du contrat.

En effet, d'autres règles de droit sont susceptibles d'aboutir à la nullité du contrat de franchise (184), en particulier les règles de droit de la concurrence, dont la violation peut entraîner la nullité de la clause concernée, voire, pour les violations les plus graves, la nullité de l'ensemble de l'accord. Parmi ces règles, figure l'interdiction des prix imposés, objet de la demande de nullité formulée par le franchisé dans la décision commentée. Ce dernier soutenait que le franchiseur lui imposait ses prix de revente, notamment par le pré-étiquetage des produits, l'existence de catalogues destinés aux consommateurs mentionnant ces prix et la fixation de pourcentages à appliquer lors des opérations promotionnelles. Néanmoins, dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris écarte l'argumentation du franchisé en l'absence de preuve de l'imposition des prix par le franchiseur. En effet, le franchiseur avait établi devant la Cour que les prix qu'il communiquait à ses franchisés étaient purement indicatifs et non pas imposés ; en particulier, les franchisés étaient en mesure d'étiqueter eux-mêmes les produits avec les prix de leur choix et demeuraient libres de pratiquer des remises de prix (185).

Il convient par ailleurs de faire état d'une décision rendue par le Conseil de la concurrence, se prononçant sur la licéité d'une clause par laquelle le fabricant interdit à ses distributeurs sélectifs de vendre ses produits en ligne (186). Aux termes de cette décision, le Conseil de la concurrence a considéré qu'une telle clause constitue, en vertu du c) de l'article 4 du règlement, une restriction caractérisée, qui ne peut à ce titre bénéficier de l'exemption automatique par catégorie, les conditions permettant de bénéficier d'une exemption personnelle n'étant pas, par ailleurs, rapportées. Cette décision, rendue en matière de distribution sélective est tout à fait transposable en matière de contrat de franchise.

---

**[179]** Le dépôt de la demande d'enregistrement est l'acte par lequel le déposant forme auprès de l'INPI une demande d'enregistrement du signe distinctif. L'enregistrement de la marque par l'INPI est l'acte juridique par lequel l'administration confère un titre au déposant. L'enregistrement produit ses effets à compter du jour du dépôt de la demande.

**[180]** En effet, aux termes de l'article L. 712-1 du Code de la propriété industrielle, la propriété s'acquiert par l'enregistrement, ce dernier produisant effet à compter de la date de dépôt de la demande.

**[181]** La plus grande prudence consisterait sans doute à attendre l'enregistrement de la marque pour signer le contrat.

**[182]** Quoiqu'il s'agisse d'une hypothèse peu fréquente en pratique, le franchiseur peut concéder au franchisé un droit de jouissance ne portant que sur des signes distinctifs autres que la marque.

**[183]** CA Dijon, 24 mai 2007, Juris-Data n° 2007-335093 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, Bull. civ. III, n° 88, Juris-Data n° 2006-032919.

**[184]** CA Dijon, 16 octobre 2008, Juris-Data n° 2008-371952, rejetant la demande de nullité d'un contrat de concession conclu entre professionnels, basée sur une prétendue violation des règles posées par la loi n° 94-665 du 4 août 1994, relative à l'emploi de la langue française. La Cour, relevant que ce texte n'est applicable que dans les relations avec les consommateurs, refuse l'annulation du contrat rédigé en langue anglaise.

**[185]** CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301.

**[186]** Cons. conc., 29 octobre 2008, déc. n° 08-D-25.

## L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE FRANCHISE

**103** Le contrat de franchise est un contrat bilatéral au sens de l'article 1102 du Code civil, créant des obligations à la charge de chacune des deux parties contractantes. Cependant, pour l'analyse de son exécution, il convient de prendre en considération, par une vision plus globale, l'existence du réseau dans lequel le contrat de franchise s'inscrit. Au-delà de l'exécution du seul contrat, pris individuellement, qui lie chaque franchisé au franchiseur, chaque participant a en effet intérêt à développer le réseau auquel il appartient. L'exécution du contrat de franchise puise naturellement dans le droit commun des contrats tout en le nourrissant parfois. Cette particularité se manifeste dans les relations entre le franchiseur et le franchisé comme dans celles qu'ils entretiennent avec les tiers.

Les décisions faisant l'objet de notre étude permettent d'envisager l'exécution du contrat de franchise dans ses deux aspects essentiels : les rapports entre les parties (I) ; les rapports qu'entretiennent les parties au contrat avec les tiers (II).

### I. Les relations entre les parties

**104** Il convient de distinguer les obligations du franchiseur (A) de celles du franchisé (B).

#### A. Les obligations du franchiseur

**105** L'actualité jurisprudentielle permet de revenir sur certaines des obligations incombant au franchiseur en matière de savoir-faire (1.), d'assistance (2.), de publicité et de développement du réseau (3.), d'approvisionnement (4.) et enfin d'exclusivité territoriale (5.).

##### 1. Les obligations du franchiseur relatives au savoir-faire

Trois décisions commentées : CA Paris, 21 janvier 2009 (RG n° 06/11392, inédit) ; 7 janvier 2009 (RG n° 06/13301, inédit) ; Cass. com., 18 novembre 2008 (pourvoi n° 07-18599, inédit)

**106** Si l'existence du savoir-faire se rapporte, dans le cadre du contrat de franchise, à la notion de cause et donc à la formation du contrat, l'obligation de transmettre ce savoir-faire entre dans le champ des obligations contractuelles — essentielles — du franchiseur, au stade de l'exécution du contrat. Son non-respect est susceptible d'entraîner la résiliation du contrat, ainsi que cela ressort clairement d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris au début de l'année 2009 (1).

En l'espèce, le franchisé fondait sa demande de résiliation sur l'absence de communication de certaines des informations imposées par l'article R. 330-1 du Code de commerce, sur l'absence de transmission du savoir-faire et sur l'absence d'assistance technique.

Le moyen fondé sur l'absence de communication des informations légales est rejeté s'agissant d'une demande en résiliation du contrat

de franchise, la Cour relevant à juste titre que « ces griefs, qui portent sur le respect par le franchiseur de la procédure précontractuelle, ne peuvent, de ce fait, servir de fondement à une demande de résiliation, celle-ci supposant qu'il soit démontré le non-respect d'obligations contractuelles ».

En revanche, le moyen fondé sur l'absence de transmission du savoir-faire est examiné par la Cour, avant d'être également écarté, la Cour relevant qu'un savoir-faire avait bien été transmis par la remise au franchisé, outre de la « Bible » du réseau, des éléments relatifs à l'agencement du magasin, à la présentation des produits et aux équipements commerciaux et informatiques.

**107** Les conditions de validité des conventions s'apprécient au moment de leur formation, leur disparition en cours d'exécution du contrat ne peut plus fonder une demande en nullité.

Aussi, la disparition du caractère secret du savoir-faire, de même que l'absence de transmission du savoir-faire, ne peuvent entraîner que la résiliation du contrat, voire la résolution judiciaire de celui-ci lorsqu'il est démontré que le contrat n'a pas été exécuté ou lorsqu'il a été exécuté de manière imparfaite depuis sa conclusion (2). Les auteurs du pourvoi ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 2008 (3) ont à juste titre reproché à la Cour d'appel, qui avait rejeté leur demande de résiliation du contrat de franchise, de s'être bornée « à affirmer que le franchiseur avait fourni un savoir-faire eu égard à l'originalité du concept (...), sans rechercher si ce concept avait été gardé secret lors de l'exécution du contrat (...) ». Néanmoins, leur moyen est rejeté par la Cour de cassation, étant à la fois nouveau et mélangé de fait et de droit.

##### 2. L'obligation d'assistance

Dix décisions commentées : CA Paris, 18 mars 2009 (Juris-Data n° 2009-002274) ; 29 janvier 2009 (RG n° 07/06438, inédit) ; 21 janvier 2009 (RG n° 06/11392, inédit) ; 7 janvier 2009 (RG n° 06/13301, inédit) ; 20 novembre 2008 (RG n° 03/07603, inédit) ; TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 2006/003843, inédit) ; CA Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 06/03859, inédit) ; 24 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-374079) ; 10 septembre 2008 (RG n° 06/03262, inédit) ; TC Rouen, 11 juillet 2008 (RG n° 2007/008620, inédit)

**108** Des trois éléments qui qualifient le contrat de franchise — transmission d'un savoir-faire, mise à disposition de signes distinctifs et assistance — l'obligation d'assistance est à la fois la seule obligation à exécution successive mise à la charge du franchiseur, et la notion dont les contours sont les plus incertains. Certes, l'obligation d'assistance trouve sa limite dans l'indépendance du commerçant franchisé, ce qui exclut l'ingérence du franchiseur dans la gestion de ce dernier, et le degré de soutien apporté aux salariés du

(1) CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301, inédit.

(2) Cass. com., 30 avril 2003, Juris-Data n° 2003-018805.

(3) Cass. com., 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-18599, inédit.

franchisé ; en outre, il ne fait pas de doute qu'il s'agit bien d'une obligation à exécution successive, qui implique en conséquence des interventions répétées du franchiseur. À l'intérieur de ces limites, cependant, l'intensité de l'assistance (tant concernant son contenu que sa fréquence) dépend dans une large mesure des stipulations contractuelles ; à défaut de précision dans le contrat, c'est dans la jurisprudence qu'il faut rechercher les contours de l'assistance minimale, celle nécessairement induite par la nature même du contrat de franchise.

**109** La frontière entre le savoir-faire et l'assistance est parfois ténue ; en effet, une partie essentielle — sinon la totalité — de l'assistance paraît n'être en réalité que la suite de la transmission du savoir-faire : aide à la mise en œuvre — notamment par les visites du local du franchisé par les animateurs du réseau (4) — et actualisation du savoir-faire (5).

La difficulté de différenciation des notions de savoir-faire et d'assistance apparaît dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 24 septembre 2008 (6). En l'espèce, le franchisé prétendait qu'aucun savoir-faire ne lui avait été transmis. La Cour rejette sa demande, déduisant la réalité de la transmission du savoir-faire notamment du fait que le franchisé a bénéficié « de conseils personnalisés et de l'assistance du franchiseur pour conduire des campagnes de publicité ».

**110** L'assistance implique notamment que le franchiseur vienne en aide au franchisé subissant des difficultés, si celui-ci en fait la demande (7). S'il n'est pas possible de définir la consistance exacte de l'aide qui doit être apportée obligatoirement par le franchiseur, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris (8) fournit une illustration des actions du franchiseur considérées comme une assistance amplement suffisante ; en l'espèce, le franchiseur avait proposé au franchisé, outre la reprise des stocks invendus et l'annulation corrélatrice de factures, ainsi que la mise en place d'un échéancier, des suggestions écrites précises pour améliorer son exploitation et accroître son chiffre d'affaires.

**111** Dans de nombreux réseaux, le franchiseur offre aux franchisés des services complémentaires (9), dont la nature dépend des prévisions contractuelles. Ainsi, il n'est pas rare de voir le franchiseur

assister les franchisés, avant l'ouverture de leur établissement, dans la recherche d'un local. En pratique, le franchiseur dispose en effet généralement d'une structure nettement plus importante et développée que celle du franchisé, et est en mesure d'aider ce dernier avec efficacité dans le cadre d'une telle recherche.

Certains franchisés, après avoir obtenu de mauvais résultats, recherchent la responsabilité du franchiseur en lui reprochant d'avoir sélectionné un local ou un emplacement de mauvaise qualité. Néanmoins, une telle action n'a de chance d'aboutir que, d'une part, si le franchisé rapporte la preuve de la mauvaise qualité de l'emplacement (10) et du préjudice qui en est résulté et, d'autre part, s'il prouve que la décision relative au choix du local émane du franchiseur.

S'agissant de la première de ces conditions, le franchisé ne peut se contenter de critiquer la qualité de l'emplacement pour engager la responsabilité du franchiseur à ce titre, mais doit apporter des preuves suffisantes pour appuyer ses affirmations, ainsi que la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de le rappeler au début de l'année 2009 (11).

S'agissant de la seconde condition, lorsque le choix final du local n'est pas imposé par le franchiseur — et notamment dans l'hypothèse où le franchiseur s'est contenté d'apporter son aide au franchisé dans la recherche de l'emplacement — c'est bien du franchisé, commerçant indépendant, qu'a émané la décision finale du choix du local. Il ne peut se retourner contre le franchiseur pour obtenir réparation de son préjudice, ainsi que l'ont rappelé la Cour d'appel de Paris (12) et le Tribunal de commerce de Rouen à deux reprises en 2008 (13).

**112** Dans certaines affaires, telles que celles tranchées par la Cour d'appel de Paris le 18 mars 2009 (14), le franchisé conscient d'avoir commis certains manquements à ses obligations contractuelles (tels que le non-paiement des redevances mensuelles) cherche à obtenir la résiliation du contrat aux torts du franchiseur en prétendant que ce dernier aurait manqué à son obligation d'assistance.

Les juridictions ne se laissent pas abuser par une telle démarche.

(4) V. TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit.

(5) V. par exemple, CA Paris, 29 janvier 2009, RG n° 07/06438, inédit : l'assistance délivrée consiste en un stage d'information, une visite et un courrier contenant de nombreux conseils pour améliorer l'attractivité des produits en rayon (présentation, diversification), leur réassortiment et la suggestion de la réfection de la peinture de la façade ; CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392, inédit.

(6) CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04334 ; Juris-Data n° 2008-374079.

(7) Le franchisé n'ayant formulé aucune demande d'aide auprès du franchiseur, il ne peut légitimement se plaindre que ce dernier ne lui ait apporté aucune aide : CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301 ; CA Paris, 10 septembre 2008, RG n° 06/03262, inédit.

(8) CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/03859, inédit.

(9) V. par exemple, CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392, inédit.

(10) V. CA Paris, 29 janvier 2009, RG n° 07/06438, inédit ; TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit.

(11) CA Paris, 29 janvier 2009, RG n° 07/06438, inédit.

(12) CA Paris, 29 janvier 2009, RG n° 07/06438, inédit : en l'espèce, la Cour relevait que le franchisé avait disposé d'une période de six mois pour rechercher des emplacements — ce à quoi le contrat de réservation l'obligeait expressément — en comparant les prix et en estimant la fréquentation par les consommateurs.

(13) TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit ; Rouen, 11 juillet 2008, RG n° 2007/008620, inédit.

(14) CA Paris, 18 mars 2009, RG n° 07/01386 ; Juris-Data n° 2009-002274, inédit.

Ainsi, celle-ci est généralement vouée à l'échec lorsque le franchisé :

— se contente de procéder à des affirmations d'ordre général non corroborées par des faits (15) ;

— ne prouve pas avoir sollicité l'aide du franchiseur (16) ;

— a refusé de suivre les stages de formations et les conseils du franchiseur (17) ;

— avance des arguments contradictoires en se plaignant à la fois de l'absence d'assistance et de l'« omniprésence » et de la « direction de fait sur les actions de lancement et de promotion de l'enseigne » du franchiseur (18).

**113** Le franchiseur peut quant à lui contrer les prétentions du franchisé en apportant la preuve de l'assistance qu'il a délivrée, laquelle peut découler notamment de rapports d'assistance initiale (19) ou de visites et de courriers (20), voire du propre aveu du franchisé (21).

**114** En matière de master-franchise, l'assistance est délivrée aux franchisés par le master-franchisé. Aussi, l'action des franchisés à l'encontre du master-franchiseur pour violation de l'obligation d'assistance ne peut-elle aboutir. La Cour d'appel de Paris (22) a néanmoins été saisie d'une telle demande, dans une hypothèse particulière. En l'espèce, le contrat de master-franchise avait été résilié alors que les contrats de franchise étaient en cours d'exécution. Le master-franchiseur avait alors signé avec les franchisés un avenant par lequel il se substituait au master-franchisé dans les contrats de franchise, puis, ainsi que l'y autorisait cet avenant, s'était substitué dans ce rôle une nouvelle société créée à cet effet en qualité de master-franchisé. Les franchisés tentaient de démontrer que le master-franchiseur était, malgré cette substitution, encore tenu par des liens contractuels avec eux. Cette argumentation est rejetée par la Cour qui, ayant relevé que les manquements invoqués étaient tous postérieurs à l'entrée en activité du second master-franchisé, déboute les franchisés de leurs demandes.

### 3. Les obligations relatives à la publicité et au développement du réseau

Deux décisions commentées : Cass. com., 26 mai 2009 (pourvoi n° 08-13194, inédit) ; CA Nancy, 22 octobre 2008 (RG n° 00/00865, inédit)

**115** Le franchiseur et les franchisés ont tous intérêt au développement de la notoriété de l'enseigne ; le contrat de franchise orga-

nise donc généralement les obligations des parties en matière de publicité. Dans la majorité des cas, le franchiseur régit la publicité nationale du réseau, alors que le franchisé organise la publicité locale autour de son point de vente soit, le cas échéant, dans sa zone d'exclusivité. Parfois, cependant, le franchiseur organise également en partie la publicité locale.

**116** Dans une affaire dont a eu à connaître la Cour d'appel de Nancy à la fin de l'année 2008 (23), le franchisé tentait d'imputer la résiliation anticipée du contrat de franchise au franchiseur, en se fondant notamment sur les poursuites dont ce dernier avait fait l'objet pour publicité mensongère. Son argumentation n'a cependant pas été accueillie, la Cour relevant que le franchisé ne justifiait d'aucune sanction prononcée à son égard ni d'aucun préjudice résultant des poursuites elles-mêmes.

**117** Le financement de la publicité et de la promotion organisée par le franchiseur est fréquemment issu d'une redevance spécifique versée par les franchisés à cette fin. Le contrat peut prévoir les modalités de répartition de cette redevance, par exemple, entre la publicité régionale et la publicité nationale. Dans un tel cas, le franchiseur ne peut pas modifier unilatéralement l'affectation de la redevance publicitaire, ni les modalités d'organisation de la publicité.

**118** L'affectation des redevances publicitaires à la publicité locale ou à la publicité nationale peut être soumise à certaines conditions, ainsi que l'illustre un arrêt rendu par la Cour de cassation au printemps 2009 (24). En l'espèce, le franchisé reprochait au franchiseur d'avoir affecté à la publicité nationale des sommes destinées à la publicité locale. Le franchiseur établissait qu'après avoir reçu une lettre émanant du franchisé à ce sujet, il avait offert à ce dernier de lui restituer les sommes litigieuses dès que les justificatifs des frais exposés par le franchisé pour la communication locale lui auraient été adressés, et ce conformément à ce qui était prévu au contrat. Le franchisé n'ayant jamais adressé ces justificatifs, la Cour d'appel a pu rejeter la demande du franchisé tendant à la résiliation du contrat aux torts du franchiseur, puisque « ni l'affectation des sommes litigieuses à la communication nationale, ni l'absence de restitution de ces sommes ne constituaient un manquement du franchiseur à son devoir de loyauté envers le franchisé ».

[15] CA Paris, 18 mars 2009, RG n° 07/01386 ; Juris-Data n° 2009-002274, inédit ; 7 janvier 2009, RG n° 06/13673, inédit.

[16] CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301 ; 10 septembre 2008, RG n° 06/03262.

[17] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/03859, inédit.

[18] CA Paris, 10 septembre 2008, RG n° 06/03262, inédit.

[19] CA Paris, 10 septembre 2008, RG n° 06/03262, inédit.

[20] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/03859, inédit.

[21] TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit.

[22] CA Paris, 20 novembre 2008, RG n° 03/07603, inédit.

[23] CA Nancy, 22 octobre 2008, RG n° 00/00865, inédit.

[24] Cass. com., 26 mai 2009, pourvoi n° 08-13194, inédit.

#### 4. L'obligation d'approvisionnement

Sept décisions commentées : CA Paris, 14 janvier 2009 (Juris-Data n° 2009-000549) ; 7 janvier 2009 (RG n° 06/13301, inédit) ; 6 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-375289) ; 30 octobre 2008 (RG n° 07/22044, inédit) ; CA Nancy, 22 octobre 2008 (RG n° 00/00865, inédit) ; CA Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 06/03859, inédit) ; CA Rennes, 3 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-007112)

**119** Il est fréquent, dans les réseaux de franchise que le franchiseur (ou une société de son groupe) souscrive une obligation d'approvisionnement à l'égard des franchisés. Tel est le cas notamment dans l'hypothèse où le franchiseur est le fabricant des produits, ou encore lorsque le réseau de franchise comprend une centrale d'achat, organisée directement par le franchiseur lui-même ou par une société distincte de la personne du franchiseur, qui peut avoir été créée spécifiquement à cet effet. Le franchiseur — ou la société gérant la centrale d'achats — engage alors sa responsabilité en cas de manquement total ou partiel à son obligation, lorsque l'approvisionnement est réalisé avec des retards répétés ou importants, ou encore lorsque les produits livrés sont de mauvaise qualité.

La gravité de l'impact des retards de livraison dépend de la nature des produits objets de l'obligation d'approvisionnement et de l'activité des membres du réseau. Ainsi, la Cour d'appel de Paris (25) a pu estimer que la livraison d'articles de mode effectuée avec retard en novembre et décembre, pour la collection automne-hiver, avait nécessairement causé une gêne au franchisé. De même, le franchiseur fait preuve de mauvaise foi en suspendant l'approvisionnement pendant la période pendant laquelle le magasin du franchisé, dont l'activité est saisonnière, réalise le meilleur chiffre d'affaires de l'année et équilibre son exercice, malgré le paiement par le franchisé de la plus grande parties des sommes dues (26).

En revanche, le franchisé ne peut obtenir gain de cause lorsqu'il se contente d'invoquer un manquement du franchiseur à son obligation d'approvisionnement sans rapporter d'élément probant (notamment lettres de plainte ou attestations de clients) « visant à démontrer la réalité de ces allégations et leur caractère substantiel » (27).

**120** Certains contrats prévoient également les modalités selon lesquelles des ristournes seront accordées aux franchisés ; dans ce cas, le franchiseur ne peut écarter unilatéralement les conditions contractuelles dans lesquelles ces ristournes sont accordées, et engage sa responsabilité à l'égard du franchisé lorsqu'il omet de lui verser les

sommes correspondant à ces ristournes alors même qu'il en a reconnu le principe (28).

**121** La Cour d'appel de Paris a rendu au début de l'année 2009 (29) un arrêt concernant une affaire dans laquelle le franchisé reprochait à la centrale d'achat du réseau — qui était en l'espèce une personne morale distincte du franchiseur — d'avoir abusé de sa situation dominante et de lui avoir imposé des conditions « manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente » (30), en soumettant la livraison des produits à leur paiement quinze jours à l'avance. La Cour a écarté ce raisonnement, en constatant que la convention passée entre la centrale d'achat et le franchisé contenait des stipulations relatives aux modalités de paiement qui n'avaient pas été respectées par le franchisé, et qu'en conséquence la centrale s'était uniquement « bornée à tirer les conséquences de la répétition d'impayés ». Aucune faute n'ayant été commise par la centrale d'achat, les demandes formées à l'encontre du franchiseur sur le fondement de la participation de ce dernier aux agissements de la centrale sont également rejetées.

#### 5. L'obligation d'exclusivité territoriale

Six décisions commentées : TC Troyes, 22 juin 2009 (RG n° 2009/000491, inédit) ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 novembre 2008 (pourvoi n° 08-11646, inédit) ; CA Paris, 6 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-375289) ; 24 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-374079) ; CA Toulouse, 2 juillet 2008 (RG n° 08/01759, inédit) ; CA Paris, 4 juin 2008 (RG n° 06/10329, inédit)

**122** La clause d'exclusivité territoriale ne relève pas de l'essence du contrat de franchise (31) ; elle y est néanmoins extrêmement fréquente et suscite une jurisprudence nourrie.

Ce type de clause interdit au franchiseur de fournir certaines prestations définies par le contrat dans une zone territoriale contractuellement définie. Le franchisé bénéficie ainsi de la garantie d'avoir le monopole des prestations visées dans la zone de chalandise s'étendant autour de son établissement.

On distingue essentiellement trois types d'exclusivité en matière de franchise, chacun contenant autant de variations que le permet l'imagination des parties, et pouvant être combiné avec l'un des autres (32) : l'exclusivité de fournitures, par laquelle le franchisé est le seul à être approvisionné par le franchiseur dans le territoire délimité ; l'exclusivité de franchise, qui interdit au franchiseur d'implanter un autre

[25] CA Paris, 6 novembre 2008, Juris-Data n° 2008-375289.

[26] CA Paris, 3 juin 2008, RG n° 05/02285 ; Juris-Data n° 2008-007112.

[27] CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13673, inédit ; CA Paris, 30 octobre 2008, RG n° 07/22044, inédit.

[28] CA Nancy, 22 octobre 2008, RG n° 00/00865, inédit.

[29] CA Paris, 14 janvier 2009, Juris-Data n° 2009-000549.

[30] Rappelons que cette notion, qui figurait à l'article L. 442-6 du Code de commerce dans son ancienne rédaction, a été supprimée par la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie, du 4 août 2008, et remplacée par la notion de « conditions manifestement abusives ».

[31] V. pour une hypothèse dans laquelle l'existence de l'exclusivité territoriale a fait l'objet de débats, portant en premier lieu sur la poursuite du contrat lui-même, TC Troyes, 22 juin 2009, RG n° 2009/000491, inédit (le Tribunal sursoit à statuer dans l'attente de la décision à venir au fond sur la question de la poursuite du contrat).

[32] CA Toulouse, 2 juillet 2008, RG n° 08/01759, inédit.

magasin franchisé dans le territoire exclusif ; et enfin l'exclusivité d'enseigne, par laquelle le franchiseur s'interdit d'implanter un autre magasin — franchise ou succursale, par exemple — portant l'enseigne objet du contrat dans la zone concédée.

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris (33) illustre très clairement la distinction qui s'opère entre les différentes sortes d'exclusivités territoriales, et les conséquences de cette distinction. En l'espèce, la clause litigieuse interdisait au franchiseur de « commercialiser les produits griffés à [sa] marque (...) sur le territoire donné en exclusivité à tout autre que le franchisé ». Or le franchisé prouvait que d'autres boutiques, implantées sur sa zone d'exclusivité, commercialisaient des produits revêtus de la marque du franchiseur. Ce dernier tentait d'échapper à sa responsabilité en soutenant que l'exclusivité consentie n'était qu'une exclusivité de franchise ; sans surprise, cette argumentation a été fermement rejetée par la Cour.

Le type de l'exclusivité consentie au franchisé, s'il correspond en général à l'un des trois cas de figure précités, peut être différent, selon ce qui est désiré par les parties.

Ainsi, dans une affaire tranchée par la Cour d'appel de Dijon (34), la seule exclusivité dont disposait le franchisé était une exclusivité sur ses clients, à l'exclusion de toute exclusivité territoriale à proprement parler. Toutefois, le franchiseur s'engageait par ailleurs, au sein du contrat, à avertir le franchisé en cas d'implantation d'un nouveau franchisé au sein du même département, et à lui consentir un droit de préemption.

**123** La violation de l'obligation d'exclusivité territoriale entraîne, selon qu'elle soit bénigne et occasionnelle ou au contraire grave ou répétée, la réparation du préjudice ou la résiliation du contrat, l'une n'étant pas exclusive de l'autre. Un arrêt précité (35) fournit un exemple de violation d'une clause d'exclusivité de fourniture entraînant, de part son ampleur, la résiliation du contrat aux torts exclusifs du franchiseur, en raison du nombre d'infractions constatées (six magasins situés dans la zone d'exclusivité commercialisaient les produits portant la marque du franchiseur), de l'importance et de la nature des produits concernés (plusieurs dizaines de références) et de la durée de ces violations (de un à plusieurs mois).

**124** Les conséquences des distinctions entre les différentes exclusivités consenties par un franchiseur à l'un de ses franchisés se manifestent logiquement dans la sanction de leurs violations.

Ainsi, dans une affaire où les relations des parties étaient régies par un contrat contenant à la fois une exclusivité de distribution des produits portant la marque du franchiseur et une exclusivité d'en-

seigne, la Cour d'appel de Toulouse (36) a condamné le franchiseur à payer des sommes correspondant à la liquidation de deux astreintes : la première relative à la violation de l'exclusivité de distribution de produits et la seconde relative à la violation de l'exclusivité de d'enseigne.

**125** La responsabilité du franchiseur n'est pas engagée automatiquement du seul fait de la constatation de la commercialisation des produits portant la marque du franchiseur par des commerces situés dans la zone d'exclusivité.

Ainsi, dans une affaire dont les faits présentaient des ressemblances avec une affaire précitée (37) — le franchisé, qui bénéficiait d'une exclusivité de fourniture, se plaignait de la commercialisation de produits portant la marque du franchiseur par une solderie située sur son territoire d'exclusivité — la Cour d'appel de Paris a rejeté les demandes du franchisé.

En effet, ce dernier ne rapportait pas la preuve que le franchiseur avait approvisionné le concurrent.

En outre, la Cour relevait qu'il ne pouvait être reproché au franchiseur de n'avoir intenté aucune action à l'encontre dudit concurrent, le franchiseur ayant appris l'existence des agissements incriminés seulement quatre jours avant l'adoption du plan de cession ayant entraîné la résiliation du contrat de franchise.

**126** Outre la nature de l'exclusivité consentie, la clause d'exclusivité territoriale doit préciser les contours de la zone pour laquelle cette exclusivité est accordée, afin d'éviter toute ambiguïté quant à l'étendue de l'obligation de ne pas faire imposée au franchiseur. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir ordonné sous astreinte au franchiseur de cesser de livrer des marchandises à des tiers situés à proximité de Toulouse, après avoir constaté que « les termes « Toulouse et agglomération » sont usuellement compris comme l'ensemble des communes constituant la zone économique autour de Toulouse » (38).

**127** Ne relevant pas de l'essence du contrat de franchise, la clause d'exclusivité territoriale doit être expressément stipulée dans le contrat, sauf à laisser au franchiseur toute liberté de concéder des franchises à des commerçants s'installant à proximité immédiate du franchisé.

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en matière de coopérative (39) — système qui, pas plus que la franchise, n'implique une exclusivité territoriale — vient néanmoins nuancer ce tableau, dans une hypothèse très particulière.

Un associé de la société coopérative exploitait un établissement situé au premier étage d'un immeuble. Postérieurement à l'entrée de

[33] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04334 ; Juris-Data n° 2008-374079.

[34] CA Dijon, 10 mars 2009, Juris-Data n° 2009-376068.

[35] CA Paris, 24 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-74079.

[36] CA Toulouse, 2 juillet 2008, RG n° 08/01759, inédit.

[37] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04334 ; Juris-Data n° 2008-374079.

[38] Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 novembre 2008, pourvoi n° 08-11646, inédit.

[39] CA Paris, 4 juin 2008, RG n° 06/10329, inédit.

l'associé dans ladite société, celle-ci avait agréé un nouvel associé, qui exerçait la même activité au rez-de-chaussée du même immeuble. Les deux associés — concurrents entre eux — se trouvaient ainsi exercer la même activité, sous la même enseigne et dans des locaux situés l'un au-dessus de l'autre.

Les statuts de la société coopérative ne faisaient pas bénéficier ses membres d'une exclusivité territoriale.

Néanmoins, la Cour considère que le premier associé pouvait au moins prétendre au droit d'être le seul adhérent à l'adresse considérée et qu'il pouvait donc reprocher à la société coopérative d'avoir admis son concurrent, la société coopérative « ayant, en effet, l'obligation d'organiser de manière rationnelle le réseau en évitant que deux de ses membres soient placés en situation d'exercer leur activité d'agents immobiliers sous la même enseigne (...), à la même adresse, de sorte que la situation géographique de l'une soit meilleure que celle de l'autre, ce même si leurs raisons sociales sont différentes ».

## B. Les obligations du franchisé

**128** L'actualité jurisprudentielle invite à souligner certaines des obligations incombant au franchisé : ses obligations financières (1.), celles inhérentes à l'achat et à la vente des biens qu'il commercialise (2.), ainsi que celles découlant nécessairement du transfert de savoir-faire (3.).

### 1. Les obligations financières du franchisé

Sept décisions commentées : CA Paris, 18 mars 2009 (Juris-Data n° 2009-002274) ; CA Dijon, 10 mars 2009 (Juris-Data n° 2009-376068) ; Cass. com., 3 mars 2009 (pourvoi n° 07-16527, inédit) ; CA Paris, 22 janvier 2009 (RG n° 06/14035, inédit) ; Cass. com., 13 janvier 2009 (pourvoi n° 08-12375, inédit) ; CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-374080) ; TC Paris, 5 juin 2008 (RG n° 2007/080944, inédit)

**129** Dans la plupart des hypothèses, le contrat de franchise prévoit l'obligation pour le franchisé de payer au franchiseur :

— dès la conclusion du contrat, un droit d'entrée qui, schématiquement, est la contrepartie — comme son nom l'indique — de son entrée dans le réseau, de la transmission du savoir-faire, de l'enseigne, et, le cas échéant, de l'exclusivité territoriale ;

— tout au long du contrat, des redevances, souvent mensuelles, en contrepartie de l'assistance délivrée et du droit d'usage des signes distinctifs du réseau.

Les obligations financières du franchisé faisant partie des obligations essentielles du contrat de franchise, leur violation est suscep-

tible d'entraîner la résiliation du contrat de franchise aux torts — exclusifs ou partagés — du franchisé (40).

De même, en cas de retard par le franchisé dans le paiement de ses redevances, des pénalités peuvent être prévues par le contrat de franchise. Il convient à ce titre de faire état d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans lequel il a été jugé que « les pénalités de retard sont dues de plein droit, sans rappel et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats ». Cet arrêt, rendu au visa de l'article L. 441-6 du Code de commerce affirme donc l'origine légale des pénalités de retard, qui sont alors exigibles malgré le silence du contrat dans l'hypothèse d'un retard de paiement entre entreprises (41).

**130** Les redevances correspondent le plus souvent à un pourcentage du chiffre d'affaires mensuel réalisé par le franchisé ; aussi le contrat de franchise impose-t-il fréquemment au franchisé de déclarer ce chiffre d'affaires selon des modalités qu'il précise. Le non-respect de cette obligation, qui entraîne l'impossibilité pour le franchiseur de calculer le montant de la redevance due, est de nature à entraîner la responsabilité contractuelle du franchisé, ainsi que le souligne un arrêt récent (42).

**131** Dans de nombreux cas, l'assiette de la redevance correspond à l'intégralité du chiffre d'affaires réalisé par le franchisé ; néanmoins, cette assiette peut être sujette à interprétation, et il appartient alors au juge de déterminer l'activité dont le chiffre d'affaires doit être pris en compte dans le cadre de son pouvoir d'interprétation des clauses obscures. En l'absence de précision spécifique à cet égard, le juge se fonde sur l'activité objet de la franchise, telle qu'elle est désignée dans le contrat, ainsi que l'a récemment jugé le Tribunal de commerce de Paris (43).

**132** Les redevances peuvent être soumises à une clause de révision ou d'indexation. Dans ce cas, ainsi que l'illustre un arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 janvier 2009 (44), il convient d'apporter une grande précision à la rédaction de la clause de révision et de définir la périodicité de la révision, la date anniversaire à laquelle elle doit intervenir, et surtout, le mode de calcul de cette révision et l'indice sur lequel elle est fondée. En l'espèce, la Cour d'appel avait validé le calcul fait par le franchiseur, en approuvant l'analyse faite par ce dernier quant à la date de la révision, et en considérant que le nouveau taux de la redevance n'était pas autrement contesté. La Cour de cassation casse cet arrêt après avoir constaté que les franchisés « faisaient valoir que [le franchiseur] n'expliquait à aucun moment le mode de calcul et l'indice appliqué ».

**133** En cas de maladresse rédactionnelle, le juge pourra interpréter le contrat selon les principes fixés aux articles 1156 et suivants du Code civil.

(40) CA Dijon, 10 mars 2009, Juris-Data n° 2009-376068 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 06/10492 ; Juris-Data n° 2008-374080.

(41) Cass. com., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-16527, inédit.

(42) CA Paris, 18 mars 2009, RG n° 07/01386 ; Juris-Data n° 2009-002274.

(43) TC Paris, 5 juin 2008, RG n° 2007/080944, inédit.

(44) Cass. com., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-12375, inédit ; CA Paris, 22 janvier 2009, RG n° 06/14035.

## 2. Les obligations inhérentes à l'achat et à la vente des produits commercialisés

**134** Dans le cadre de la commercialisation des produits objets de la franchise, le franchisé peut être obligé de s'approvisionner en tout ou partie auprès du franchiseur (a) ; il reste libre ensuite de fixer ses prix de revente (b).

### a) L'obligation relative à l'achat de produits par le franchisé

Cinq décisions commentées : CA Paris, 21 janvier 2009, (RG n° 06/11392, inédit) ; 5 novembre 2008 (RG n° 07/17215, inédit) ; CA Nancy, 22 octobre 2008 (RG n° 00/00865, inédit) ; TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 2006/003843, inédit) ; CA Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 06/03859, inédit)

**135** Le contrat de franchise peut comprendre une clause d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, dont la méconnaissance par le franchisé justifie la résiliation du contrat (45). En effet, dans la plupart des hypothèses, les clauses d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif emportent une obligation ferme à la charge du franchisé de s'approvisionner auprès du ou des fournisseurs désignés, et sont interprétées en ce sens par la jurisprudence. Cette généralité souffre cependant quelques exceptions, où l'obligation imposée par la clause d'approvisionnement est moins ferme (46).

**136** La preuve de la violation de l'obligation d'approvisionnement doit être rapportée par le franchiseur. Elle ne peut résulter de seuls courriers adressés par ce dernier au franchisé, ni du silence conservé par le franchisé (47).

Le franchisé est évidemment tenu de régler le prix des marchandises livrées par le franchiseur dans le cadre des contrats de vente

conclus avec le franchiseur en exécution des stipulations du contrat de franchise (48), quand bien même le franchiseur ne l'aurait-il pas relancé pour obtenir ce paiement (49).

**137** Les clauses d'approvisionnement (exclusif ou quasi-exclusif) sont fréquentes dans les contrats de franchise ; il n'existe pas en droit communautaire de texte interdisant, par principe, la clause d'exclusivité d'approvisionnement ; le droit français, quant à lui, s'est contenté d'organiser l'information précontractuelle du débiteur de l'obligation (50) et de limiter sa durée à dix ans (51). Le droit communautaire puis les autorités nationales ont toutefois décidé d'en limiter la portée, la clause d'exclusivité constituant une entrave au libre jeu de la concurrence.

L'arrêt Pronuptia rendu par la Cour de justice des Communautés européennes (52) a ainsi initié ce contrôle. Cette solution a été reprise dans une large mesure par le règlement n° 4087/88 du 30 novembre 1988 (53). Ultérieurement, le Conseil de la concurrence et les juridictions françaises, à la suite de l'arrêt Phildar (54) s'inspirant de la jurisprudence et du droit dérivé communautaires, ont dégagé essentiellement deux critères permettant d'apprécier la validité d'une clause d'approvisionnement exclusif (55).

Le premier porte sur le caractère indispensable de la clause au regard de la réitération du concept du franchiseur et de la bonne mise en œuvre du savoir-faire, lesquelles sont nécessaires au maintien et à la préservation de l'identité commune et de la réputation du réseau (56).

Le second exige une impossibilité pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, de définir et d'appliquer

[45] CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392, inédit.

[46] TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit.

[47] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/03859, inédit.

[48] CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392, inédit ; 7 janvier 2009, RG n° 06/13301, inédit.

[49] CA Paris, 5 novembre 2008, RG n° 07/17215, inédit.

[50] C. com., art. L. 330-3.

[51] C. com., art. L. 330-1 et L. 330-2.

[52] CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, aff. n° 161/84 : « grâce au contrôle exercé par le franchiseur sur l'assortiment offert par le franchisé, le public pourra trouver auprès de chaque franchisé des marchandises de même qualité. Il peut être impraticable dans certains cas, comme dans le domaine des articles de mode, de formuler des spécifications objectives. Veiller au respect de ces spécifications peut également, en raison du grand nombre de franchisés, entraîner un coût trop élevé. Une clause prescrivant au franchisé de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui doit être considérée comme nécessaire à la protection de la réputation du réseau ».

[53] L'article 3.1 dudit règlement énonçait que les obligations de « 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 n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications objectives de qualité » ne font pas obstacle à l'exemption prévue par l'article 1 du règlement, « dans la mesure où elles sont nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé ». Pour une étude sur cet article, v. J.-E. Cockborne, Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence, RTD eur., avril-juin 1989, p. 181 et s., spéc. p. 206-209.

[54] Cass. com., Phildar, 10 janvier 1995, pourvoi n° 92-17892 ; LPA 1995, n° 54, p. 13, comm. O. Gast ; v. également sur cet arrêt Y. Marot, Franchise et approvisionnements exclusifs, Gaz. Pal. 1995, p. 1088 et s.

[55] Dans certains cas, la licéité de la clause d'approvisionnement exclusif a cependant pu être déduite de l'avantage concurrentiel qu'elle procurait aux franchisés (Cons. conc., 11 avril 2000, déc. n° 00-D-10).

[56] Il a pu être admis qu'en raison de la gamme étendue des marchandises proposées ainsi que de l'évolution constante des techniques de fabrication de celles-ci, la formulation des spécifications objectives de qualité que les franchisés pourraient eux-mêmes appliquer s'est révélée impraticable de même que la mise en place d'un contrôle effectif organisé auprès de chacun des points de vente du réseau. En conséquence, la clause d'approvisionnement exclusif a été regardée, eu égard au domaine d'activité considéré et à la nature des produits distribués, comme indispensable à la préservation de l'identité du réseau de franchise ainsi qu'à l'homogénéité de l'image de marque de celui-ci (Cass. com., 6 avril 1999, Juris-Data n° 1999-001597 ; Cons. conc., 24 mai 1994, déc. n° 94-D-31).

des spécifications de qualité objectives suffisamment précises (57) ou bien d'assurer le contrôle de ces spécifications en raison, par exemple, du nombre important de références, de l'importance du réseau, de la fréquence du renouvellement des produits, et du coût élevé que représenterait pour le franchiseur un tel contrôle.

Le règlement de 1988, duquel est inspirée la jurisprudence actuelle, a été remplacé par le règlement n° 2790/99 du 22 décembre 1999, dont les dispositions sont éclairées par les lignes directrices issues de la Commission (58). Selon les dispositions combinées de ces textes, les clauses d'approvisionnement quasi-exclusif ou exclusif entrant dans le champ d'application du droit communautaire de la concurrence sont exemptées si elles sont inférieures à 80 % et/ou prévues pour une durée inférieure à cinq ans, et, si elles ne remplissent aucune de ces deux conditions, lorsqu'elles sont nécessaires au maintien de l'identité du réseau.

Il entrerait dans la logique de la politique actuelle de l'Autorité de la concurrence — qui, suivant en cela son prédécesseur, le Conseil de la concurrence (59), s'inspire ouvertement du droit communautaire (60) lorsqu'elle est appelée à statuer sur le fondement du droit de la concurrence interne — d'adopter le raisonnement communautaire dans le cadre de l'application du droit interne.

Cependant, les juridictions internes semblent poursuivre l'application des critères classiques inspirés du règlement de 1988. Aussi, les franchisés continuent d'invoquer, notamment, l'absence de caractère indispensable de la clause pour la mise en œuvre du savoir-faire. Par exemple, dans une affaire tranchée par la Cour d'appel de Paris au début de l'année 2009 (61), le franchisé contestait la validité de la clause d'approvisionnement exclusif en soutenant que le savoir-faire du franchiseur n'était pas suffisamment abouti. En toute logique, cet argument n'a pas prospéré, la Cour d'appel ayant constaté l'existence du savoir-faire.

**138** Les clauses d'approvisionnement prévues dans les contrats de franchise ne s'analysent pas systématiquement en une obligation

d'approvisionnement ferme. La Cour d'appel de Nancy (62) a ainsi pu considérer qu'une clause imposant au franchisé de s'approvisionner en priorité auprès du franchiseur tout en lui offrant la possibilité de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs, dès lors qu'il était en mesure de démontrer que ces approvisionnements lui permettaient de pratiquer une politique nécessaire à la spécificité de son point de vente, préservait suffisamment la liberté d'approvisionnement du franchisé.

## b) Les obligations inhérentes à la vente

### a) La prohibition des prix imposés

Deux décisions commentées : **Aut. conc., 30 juin 2009 (déc. n° 09-D-23) ; CA Paris, 7 janvier 2009 (RG n° 06/13301, inédit)**

**139** L'indépendance du franchisé se manifeste notamment par la libre détermination de sa marge bénéficiaire et de ses prix de vente.

**140** Si le franchiseur peut conseiller un prix, il ne peut en revanche mettre en œuvre une politique de « prix imposés » fixes ou *minima*. Outre le fait qu'elle heurte l'exigence d'indépendance du franchisé et peut donner lieu à l'application des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail, une telle pratique est contraire aux droits nationaux (63) et communautaire (64) de la concurrence. Précisons que si les prix *minima* imposés et les prix fixes imposés sont interdits, en revanche, les prix *maxima* imposés sont tolérés.

S'il entend remettre en cause les dispositions du contrat de franchise ou le contrat dans son ensemble, le franchisé doit rapporter la preuve que le franchiseur lui impose ses prix. Pour déterminer si le prix est imposé ou non, le Conseil de la concurrence (65), désormais remplacé par l'Autorité de la concurrence, et les juridictions nationales (66) examinent les stipulations du contrat de franchise et le comportement adopté par les parties lors de son exécution.

**[57]** Le Conseil de la concurrence, dans sa décision du 28 mai 1996, s'est prononcé sur la conformité de la clause au regard de l'article 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, devenu l'article L. 420-1 du Code de commerce : « Un franchiseur n'est en droit d'imposer aux franchisés de s'approvisionner exclusivement auprès de sa société ou auprès des fournisseurs qu'il aura référencés qu'autant qu'il est prouvé qu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications de qualité objective ». En l'espèce, le franchiseur avait imposé aux franchisés de se fournir auprès de ses fournisseurs pour des caisses enregistrees, des imprimantes d'ordinateurs et des cadeaux publicitaires. Cette clause, considérée comme trop limitative de la liberté de la concurrence, a été jugée contraire à l'article 7 de l'ordonnance. En effet, pour le Conseil, « l'obligation pour les franchisés qui souhaitent ou sont tenus de procéder à l'achat de tels produits, de s'adresser aux seules entreprises désignées par le franchiseur a pu avoir pour effet de limiter la liberté commerciale des franchisés au-delà de ce qui était nécessaire au maintien de l'identité commune du réseau et de restreindre la concurrence que pouvaient se faire les franchisés situés sur la même zone de chalandise, en limitant leurs sources d'approvisionnement et les conditions de celui-ci. Par ailleurs, cette obligation a pu avoir pour effet de limiter la concurrence sur les marchés de ces produits » (Cons. conc., 28 mai 1996, déc. n° 96-D-38).

**[58]** Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE communication de la Commission n° C-291 du 13 octobre 2000.

**[59]** V. notamment, Cons. conc., 21 juillet 2006, déc. n° 06-D-22.

**[60]** Aut. conc., 30 juin 2009, déc. n° 09-D-23.

**[61]** CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392, inédit.

**[62]** CA Nancy, 22 octobre 2008, RG n° 00/00865, inédit.

**[63]** C. com., art. L. 420-1.

**[64]** Article 81, § 1 du Traité CE.

**[65]** Cons. conc., 28 mai 1996, déc. n° 96-D-38 ; 24 septembre 2001, déc. n° 2001-D-58.

**[66]** CA Lyon, 12 juillet 2005, Juris-Data n° 2005-292526.

### • Les stipulations contractuelles

**141** L'obligation de pratiquer le prix déterminé par le franchiseur peut découler explicitement ou implicitement des termes du contrat.

La Cour d'appel de Paris a eu à connaître d'une affaire dans laquelle le franchisé soutenait que le contrat lui imposait implicitement de pratiquer les prix indiqués par le franchiseur (67).

En l'espèce, le contrat contenait une clause conforme aux exigences légales rédigée comme suit : « le partenaire, commerçant indépendant, pourra déterminer librement ses prix de vente, et facturera lui-même ses produits au consommateur, les prix de vente [indiqués par le franchiseur] étant des prix conseillés simplement indicatifs ». Néanmoins, la clause suivante imposait au franchisé l'obligation d'informer préalablement le franchiseur lorsqu'il envisageait de pratiquer des prix différents ou de réaliser des promotions, ce qui avait pour effet, selon le franchisé, de nier la liberté affirmée par la première clause.

La Cour d'appel de Paris ne suit pas ce raisonnement : la simple obligation d'informer imposée par le contrat ne permet pas au franchiseur d'intervenir sur les prix pratiqués par le franchisé, et est donc licite.

**142** L'Autorité de la concurrence a, quant à elle, eu à connaître d'une clause imposant une uniformité des prix au sein du réseau (68), insérée dans un contrat *sui generis* proche, semble-t-il, du contrat de commission-affiliation (69). La clause prévoyait en effet que le distributeur « pourrait gérer la vente des produits aux prix et aux conditions (...) établis conjointement entre le distributeur et [la tête de réseau], afin de maintenir la commercialisation uniforme des produits dans tout le réseau des établissements du territoire national concerné en respectant les marges accordées ».

### • Le comportement des parties lors de l'exécution du contrat

**143** Lorsque le contrat de franchise n'impose pas au franchisé, directement ou indirectement, de suivre une politique de prix, les juridictions du fond s'attachent néanmoins à examiner le comportement des parties pendant l'exécution du contrat. La Cour de justice des Communautés européennes se livre à la même analyse (70).

**144** Les décisions antérieures ont fourni plusieurs exemples de pratiques permettant de caractériser la pratique des prix imposés. Cette jurisprudence est alimentée essentiellement par trois types de pratiques : le pré-enregistrement des prix sur les caisses enregistreuses, le pré-étiquetage des produits par le franchiseur et les

campagnes publicitaires indiquant le prix des produits dont la réclame est faite. Dans chaque espèce, les juridictions vérifient *in concreto* que le franchisé a la possibilité de s'affranchir des prix indiqués par le franchiseur, à un coût qui ne paraît pas excessif.

L'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris (71) concerne la pratique du pré-étiquetage. En l'espèce, la Cour considère que la liberté du franchisé est suffisamment préservée, notamment sur la foi de deux attestations. La première émanait du prestataire informatique qui indiquait que les franchisés pouvaient imprimer leurs propres étiquettes et effectuer des remises en caisse ; la seconde émanait d'un franchisé qui pratiquait des prix autres que ceux préconisés par le franchiseur.

**145** L'affaire tranchée par l'Autorité de la concurrence citée ci-dessus (72) concernait également pour partie le pré-étiquetage. Dans cette affaire, l'Autorité considère que le pré-étiquetage matérialise l'uniformité imposée par le contrat lui-même.

La tête de réseau prétendait cependant démontrer que le distributeur était libre de pratiquer un prix inférieur à celui indiqué en produisant un tableau faisant apparaître, pour certains établissements, un différentiel entre le chiffre d'affaires qui aurait résulté de l'application des prix recommandés et le chiffre d'affaires effectivement réalisé. Cette argumentation n'a pas convaincu l'Autorité de la concurrence, qui a relevé notamment que les écarts étaient constatés uniquement au sein de quatre magasins et étaient de surcroît modestes (situés entre 0 et 3 %, ce dernier écart étant exceptionnel).

### β) Les obligations relatives à la vente sur internet

Une décision commentée : CA Paris, 21 janvier 2009 (RG n° 06/11392, inédit)

**146** Le franchisé peut être tenté par l'idée d'ouvrir un site internet marchand ou simplement publicitaire. Cependant, un tel site peut entrer en conflit avec les intérêts du franchiseur, des autres franchisés ou du réseau, notamment en matière de préservation de l'image de l'enseigne. S'il est admis que le franchiseur puisse imposer au franchisé une charte graphique pour son site internet, afin de préserver, dans la mesure du possible, l'image du réseau, en revanche, le droit de la concurrence s'oppose en principe aux interdictions et limitations relatives à l'exploitation d'un site internet par le franchisé.

[67] CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301, inédit.

[68] Aut. conc., 30 juin 2009, déc. n° 09-D-23.

[69] Même si l'objet des poursuites était l'entente sur les prix, le raisonnement tenu par l'Autorité de la concurrence cité dans ce paragraphe et les suivants n'intervient pas dans le cadre de l'appréciation de l'existence des prix imposés eux-mêmes, mais de l'existence de deux entités commerciales distinctes, qui constitue l'une des conditions nécessaires pour qu'une entente puisse être constatée. Aussi, les discussions relatives aux prix de vente faisant l'objet du présent commentaire s'inscrivent dans le cadre de la recherche des critères de l'indépendance du distributeur vis-à-vis de la tête de réseau, et non de l'imposition du prix.

[70] CJCE, 13 juillet 2006, aff. n° C-74/04 P.

[71] CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301, inédit.

[72] Aut. conc., 30 juin 2009, déc. n° 09-D-23.

S'agissant du droit communautaire, il ressort des lignes directrices (73) que le franchiseur peut interdire au franchisé d'effectuer par internet des ventes actives vers les territoires protégés d'autres franchisés, une vente active consistant alors en « un message non sollicité, transmis par courrier électronique à des clients individuels ou à un groupe de clientèle déterminé » ou encore un site spécialement conçu pour viser en premier lieu une clientèle déterminée « par exemple en utilisant des bandeaux publicitaires ou des liens dans les pages de fournisseurs d'accès visant spécifiquement la clientèle concédée ». Par ailleurs, le franchiseur peut interdire au franchisé de vendre les produits sur internet, si cette interdiction est objectivement justifiée ; cette hypothèse étant très strictement limitée. On évoquera ici le projet de règlement communautaire devant remplacer le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 pour préciser que celui-ci inclut, dans la définition de l'obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, les interdictions de vendre des biens ou services par internet, dès lors que l'interdiction a pour effet d'obliger le franchisé à limiter ses achats de biens ou services concurrents à moins de 20 % du total de ses achats. Cette modification, sans constituer un apport majeur de la réforme, apporte une précision utile quant à l'applicabilité du régime instauré par le règlement n° 2790/1999 aux vendeurs par internet.

En revanche, le franchiseur ne peut interdire à son franchisé l'utilisation d'internet, ni, à l'exception des cas — très strictement appréciés — où cette interdiction est objectivement justifiée, lui interdire de réaliser des ventes passives (74) sur internet. En tout état de cause, le franchiseur ne peut se réserver la vente ou la publicité sur internet ; cette solution ne peut être qu'approuvée : si l'interdiction de la vente sur internet est objectivement justifiée, elle s'impose également au franchiseur. En droit interne, le Conseil de la concurrence s'est montré favorable à l'application d'un régime similaire (75).

Afin de pallier les inconvénients découlant des restrictions imposées par le droit de la concurrence, dont notamment le fait que des sites disparates risquent de proliférer, alors qu'un contrôle efficace est matériellement difficile, certains auteurs ont proposé l'analyse suivante : si les lignes directrices font obstacle à ce que le fournisseur interdise aux distributeurs d'utiliser internet, elles n'imposent pas — en tous cas pas expressément — que l'accès à internet laissé au distributeur soit individuel. Aussi, il serait possible au franchiseur de créer un site internet commun à l'ensemble du réseau, à l'exploitation duquel tous les franchisés seraient intéressés (76). La solution était séduisante, mais non sans danger, dans la mesure où il n'était pas certain qu'elle soit bien accueillie par les juridictions, la question de la validité d'une clause interdisant au franchisé d'avoir

accès à internet autrement que par le site officiel du réseau n'ayant jusqu'à récemment, à notre connaissance, jamais donné lieu à une décision.

Or un pas semble avoir été fait en ce sens, s'agissant des juges du fond, au début de l'année 2009 (77).

La Cour d'appel de Paris était saisie d'une affaire dans laquelle le franchisé, auquel il était reproché d'avoir créé un site internet de vente, malgré l'interdiction qui lui en était faite par le contrat de franchise, tentait d'échapper à sa responsabilité en soutenant que le site commun au réseau était verrouillé par le franchiseur.

Son argumentation n'a pas été accueillie par la Cour, n'étant étayée d'aucune preuve. Certes, il ressort des termes de l'arrêt que le franchisé semblait ne pas contester par principe la validité de l'interdiction qui lui serait faite d'exploiter un site internet propre, à condition qu'il ait accès à un site exploité en commun par tout le réseau. Il n'est donc pas certain que la question de la validité de ce système ait été posée à la Cour. Néanmoins, celle-ci montre une faveur certaine envers celui-ci, non seulement en rejetant l'argumentation du franchisé tendant à voir déclarer non-écrite la clause litigieuse, mais encore en faisant peser sur le franchisé la charge de la preuve du fait que le site présenté comme commun bénéficie au seul franchiseur.

### 3. Les obligations inhérentes à la transmission du savoir-faire

**147** La transmission de son savoir-faire par le franchiseur emporte en contrepartie l'obligation pour le franchisé de respecter le concept (a) et l'obligation de non-concurrence (b).

#### a) Le respect du concept

Trois décisions commentées : CA Paris, 18 mars 2009 (Juris-Data n° 2009-002274) ; CA Nancy, 22 octobre 2008 (RG n° 00/00865, inédit) ; TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 2006/003843, inédit)

**148** L'exploitation par le franchisé du savoir-faire du franchiseur est la finalité première du contrat de franchise ; il s'agit naturellement, au même titre que la transmission du savoir-faire par le franchiseur, d'une obligation essentielle du contrat. Aussi, lorsque le concept impose l'exploitation d'un établissement, le franchisé commet une faute justifiant la résiliation du contrat à ses torts en se contentant d'exercer

[73] Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE communication de la Commission n° C-291 du 13 octobre 2000, p. 1-44, pt n° 51.

[74] Selon les points n°s 50 et 51 des lignes directrices précitées, la vente passive sur internet correspond à « toute publicité ou action de promotion générale (...) qui atteint des clients établis sur les territoires exclusifs d'autres distributeurs (...) mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires, par exemple pour toucher des clients situés sur des territoires non exclusifs ou sur son propre territoire », étant précisé que « si un client visite sur internet le site d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, et aussi une livraison, il s'agit là d'une vente passive ».

[75] Cons. conc., 5 octobre 2006, déc. n° 06-D-28, § 32.

[76] V. sur ce point, S. Alma-Delette, *Cyberdistribution. Réseaux de distribution sur internet et droit de la concurrence. Mise en place de la distribution en ligne. Protection des réseaux de distribution contre les revendeurs parallèles sur internet*, J.-Cl. Commercial, fasc. 815, 2006, § 38.

[77] CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392.

une activité de livraison à domicile (78). De même, commet une faute contractuelle le franchisé qui ne respecte pas les normes de nomenclature comptable de gestion du réseau (79).

**149** Néanmoins, sauf clause contraire du contrat de franchise, la résiliation du contrat aux torts du franchisé implique la preuve que la violation du concept par ce dernier revêt une certaine gravité (80).

#### b) L'obligation de non-concurrence durant l'exécution du contrat

Une décision commentée : CA Paris, 6 juin 2008 (RG n° 07/03323, inédit)

**150** Le contrat de franchise renferme souvent une obligation de non-concurrence applicable pendant la durée du contrat et destinée à protéger le savoir-faire. La violation de cette obligation par le franchisé engage sa responsabilité contractuelle.

Une telle clause n'est cependant pas systématiquement stipulée. Or selon une partie de la doctrine (81), l'obligation de non-concurrence pendant l'exécution du contrat de franchise existe nonobstant l'absence de clause expresse en ce sens, et découle de l'obligation générale de bonne foi.

Sans consacrer expressément cette théorie, la Cour d'appel de Paris a néanmoins rendu une décision (82) constatant l'existence d'une obligation de non-concurrence à la charge du franchisé alors que le contrat de franchise ne contenait pas de clause en ce sens, en déduisant ladite obligation de l'existence d'une exclusivité territoriale. En l'espèce, le gérant de la société franchisée était devenu associé d'une société qui avait ouvert un établissement concurrent sur le territoire exclusif. La Cour considère que « si (...) le Tribunal a exactement relevé qu'il n'était pas interdit [à la société franchisée], par l'effet du contrat de franchise, d'ouvrir une nouvelle agence immobilière dans le périmètre du secteur concerné, il n'en reste pas moins que compte tenu de l'exclusivité contractuellement stipulée dans ce même contrat relativement à l'implantation de [l'enseigne] sur ce territoire, la société [franchisée] n'était pas en droit de déployer une activité secondaire concurrente de la première, au détriment de l'agence [franchisée] ». La formulation utilisée est contestable dès lors que seul le gérant de la société franchisée a une participation dans la nouvelle société exploitant dans la zone d'exclusivité et non pas la société franchisée elle-même.

Selon la Cour, la violation de cette obligation, de même que l'utilisation faite par le franchisé de la publicité du réseau pour l'agence concurrente, légitime la résiliation unilatérale effectuée par le franchiseur.

On observe ainsi, d'une part, que l'obligation de non-concurrence mise à la charge du franchisé est déduite par la Cour d'appel de Paris de l'existence, au profit dudit franchisé, d'une exclusivité territoriale, et, d'autre part, que la violation de cette obligation justifie la résiliation du contrat alors même qu'elle n'aurait pas été commise directement par la société franchisée, mais indirectement, par l'intermédiaire de son gérant.

#### 4. L'obligation de bonne foi contractuelle

Une décision commentée : CA Paris, 24 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-374047)

**151** L'obligation de bonne foi contractuelle, principe fondamental du droit des contrats découlant de l'article 1134 du Code civil, prend une teinte particulière en matière de contrat de franchise, considéré comme l'un des exemples types des contrats de collaboration. Ainsi, comme indiqué précédemment, il semble ressortir de l'exigence de bonne foi que l'obligation de non-concurrence durant l'exécution du contrat doit s'imposer au franchisé même en l'absence d'une clause expresse en ce sens.

Il n'est pas rare que l'intensité particulière de la loyauté contractuelle en matière de contrat de franchise soit soulignée par les juridictions ; un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 24 septembre 2008 (83) en est un exemple. En l'espèce, le franchisé avait diffusé par e-mail au sein du réseau une enquête parue dans la presse et relative aux risques de la franchise, informé l'ensemble du réseau du contentieux l'opposant au franchiseur et transmis dans ce cadre à tous ses cofranchisés les messages virulents qu'il avait adressés au franchiseur. La Cour considère « qu'un tel comportement (...) révèle un manquement direct à l'obligation de loyauté contractuelle, celle-ci prenant un relief particulier entre les parties à un contrat de franchise » et justifie non seulement l'allocation de dommages intérêts, mais également la résiliation du contrat aux torts exclusifs du franchisé, cette violation du devoir de loyauté excluant « toute possibilité de poursuite, dans la confiance exigée pour sa pleine mise en œuvre », du contrat de franchise.

## II. Les relations avec les tiers

**152** L'exercice de l'activité commerciale en franchise implique, comme toute activité commerciale, des interactions avec certains tiers, tels que les établissements dispensateurs de crédit, le bailleur commercial, la clientèle. À cette liste s'ajoutent certains rapports plus

[78] CA Paris, 18 mars 2009, RG n° 07/01386 ; Juris-Data n° 2009-002274.

[79] CA Nancy, 22 octobre 2008, RG n° 00/00865, inédit.

[80] TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843, inédit.

[81] Ph. le Tourneau, *Les contrats de franchise*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2007, n° 232.

[82] CA Paris, 6 juin 2008, RG n° 07/03323, inédit.

[83] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04420 ; Juris-Data n° 2008-374047.

spécifiques de la distribution, tels que ceux relatifs à la défense des signes distinctifs ou au respect de la clause de non-réaffiliation (84).

Il convient de distinguer la responsabilité des tiers à l'égard des parties (A) de celle des parties à l'égard des tiers (B).

## A. La responsabilité des tiers à l'égard des parties

### 1. La responsabilité du dirigeant de la société franchisée en tant que caution

Une décision commentée : CA Nîmes, 19 juin 2008 (RG n° 06/4867, inédit)

**153** Plusieurs obligations de nature financière pesant sur le franchisé — paiement du droit d'entrée, des redevances, de la participation à la publicité nationale, des marchandises —, le franchiseur exige généralement la fourniture de garanties de paiement.

Parmi les différentes garanties pouvant être ainsi exigées, le cautionnement fourni par le ou les dirigeants de la société franchisée tient une place importante compte tenu de sa fréquence. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nîmes (85) offre une illustration des défenses parfois opposées par les cautions aux franchiseurs recherchant leur responsabilité. En l'espèce, un couple avait acquis les parts sociales d'une société franchisée subissant déjà des difficultés importantes, puis avait consenti au franchiseur, également fournisseur principal, plusieurs cautionnements solidaires. La société franchisée ayant été mise en liquidation judiciaire, le franchiseur poursuivait les cautions. Celles-ci lui opposaient la nullité des actes de cautionnement et recherchaient sa responsabilité.

Les moyens des cautions n'ont pas été accueillis par la Cour.

**154** La Cour d'appel a d'abord rejeté la demande d'annulation fondée sur la violence économique.

S'agissant du premier cautionnement consenti, la Cour a constaté que la violence économique n'était pas prouvée ; les faits tendaient au contraire à démontrer le consentement non contraint de la caution. La Cour a relevé à cet égard que les cautions avaient acquis les parts sociales de la société franchisée en pleine connaissance du passif et en a conclu que ces dirigeants étaient « mal venus de se plaindre de leur situation à l'égard [du franchiseur], si leur évaluation de la rentabilité commerciale future [des] magasins n'a pas ensuite correspondu à leurs attentes initiales ».

S'agissant des autres cautionnements, la Cour a relevé que la contrainte alléguée n'était pas illégitime. Pour écarter définitivement l'hypothèse de la violence économique, la Cour a souligné, d'une part, que les cautions étaient des commerçants expérimentés assis-

tés régulièrement par un avocat et un expert-comptable et, d'autre part, qu'elles n'avaient jamais contesté la qualité de leur consentement avant que leur responsabilité de caution ne soit recherchée par le franchiseur.

**155** La Cour d'appel a également écarté la demande d'annulation des cautionnements fondée sur le dol, aucun des faits invoqués — suspension des livraisons dans l'attente de l'apurement des dettes exigibles et refus d'accorder un nouvel étalement des dettes après le non-respect d'un protocole précédent — ne constituant une manœuvre frauduleuse.

**156** Enfin, la Cour a rejeté la demande des cautions tendant à obtenir la condamnation du franchiseur à leur payer des dommages-intérêts, pour avoir exigé d'elles un engagement de caution manifestement disproportionné à leurs revenus et à leur patrimoine. Les juges ont en effet relevé que les cautions étaient des professionnels avertis, qu'il n'était pas soutenu que le franchiseur ait disposé, concernant l'opération projetée, d'informations que les cautions elles-mêmes ignoraient et enfin que le créancier n'était pas un organisme financier spécialisé dans l'octroi de prêts mais un commerçant pratiquant de façon occasionnelle le crédit-fournisseur à l'égard de ses franchisés.

### 2. La responsabilité du tiers, complice de l'inexécution par le franchisé de ses obligations contractuelles

**157** La jurisprudence admet aujourd'hui classiquement que le contrat, qui, en vertu du principe de l'effet relatif des conventions (C. civ., art. 1165), n'impose pas d'obligation contractuelle aux tiers, constitue néanmoins à leur égard un fait juridique (86). En conséquence, le tiers faisant sciemment obstacle à l'exécution du contrat, en se rendant complice de l'inexécution de ce dernier par le débiteur, commet une faute délictuelle qui entraîne sa responsabilité à l'égard de la victime de l'inexécution (87). Dans le cadre de la franchise, la violation d'une obligation relative à la cession du fonds de commerce, ou encore d'une obligation de non-concurrence ou de non-réaffiliation implique l'intervention d'un tiers, souvent concurrent du franchiseur ; de même, la rupture fautive unilatérale et anticipée du contrat de franchise est généralement effectuée par le franchisé dans le but de s'affilier à un nouveau réseau. Aussi le franchiseur recherche-t-il parfois non seulement la responsabilité contractuelle du franchisé, mais également la responsabilité délictuelle de son concurrent, devenu cocontractant du franchisé. La jurisprudence a rappelé au cours des derniers mois la consistance de la faute du tiers au contrat (a), les conditions d'existence de la complicité (b) et enfin la charge et les modalités de la preuve de la complicité (c).

**[84]** V. également CE, 17 décembre 2008, req. n° 304524, pour un cas où les conflits existant entre le franchiseur et le franchisé d'une chaîne radiophonique, mettant en péril la survie du contrat de franchise, ont pu légitimement conduire le conseil supérieur de l'audiovisuel à rejeter la candidature du franchisé à l'exploitation d'un service de radiophonie sonore par voie hertzienne, au motif que le financement et les perspectives d'exploitation du service étaient incertains.

**[85]** CA Nîmes, 19 juin 2008, RG n° 06/4867, inédit.

**[86]** V. par exemple, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 1972, pourvoi n° 70-14131, Bull. civ. III, n° 193.

**[87]** V. par exemple, Cass. com., 11 octobre 1971, pourvoi n° 70-11892, Bull. civ. IV, n° 237.

### a) La consistance de la faute du tiers au contrat

Six décisions commentées : Cass. com., 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-16168, inédit) ; 26 mai 2009 (pourvoi n° 08-11588, inédit) ; Cass. civ. 2°, 5 mars 2009 (pourvoi n° 08-10008, inédit) ; CA Paris, 2 octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-374078) ; 2 octobre 2008 (RG n° 05/21966, inédit) ; 2 octobre 2008 (RG n° 05/21301, inédit)

**158** La faute du complice du franchisé consiste en l'aide apportée au franchisé dans la violation de ses obligations contractuelles.

L'une des affaires soumises à la Cour d'appel de Paris (88) offre des exemples en la matière. En l'espèce, la Cour constate la faute délictuelle commise à l'égard du franchiseur par deux sociétés (l'une, principal acquéreur des parts sociales de la société franchisée, et l'autre, acquéreur de la part sociale restante et fournisseur de la nouvelle enseigne du franchisé), cette faute consistant, d'une part, dans l'aide apportée au franchisé dans le cadre de la rupture unilatérale et anticipée du contrat de franchise, et, d'autre part, dans la violation de la clause de non-réaffiliation.

**159** La faute du tiers est en revanche exclue lorsque le comportement incriminé est extérieur à la faute commise par le franchisé. Ainsi, le fournisseur concluant un contrat d'approvisionnement avec le franchisé, après que celui-ci a résilié de façon fautive le contrat de franchise comprenant une exclusivité d'approvisionnement, ne commet pas de faute à l'égard du franchiseur lorsqu'il ne s'est pas rendu complice de la rupture elle-même (89). Dans le même esprit, n'engage pas sa responsabilité le fournisseur qui n'a pas approvisionné le franchisé préalablement au terme du contrat (90).

En outre, la faute du tiers ne peut consister en la violation de l'injonction prononcée à l'encontre d'autrui, quand bien même il aurait eu connaissance de cette injonction. Dans une affaire dont a eu à connaître la Cour de cassation (91), un concurrent s'était vu enjoindre en référé de cesser de livrer au franchisé les produits d'une certaine marque. Le franchiseur avait notifié l'ordonnance de référé à un second concurrent, pourtant non concerné par la procédure précitée, puis, cette notification n'ayant pas eu pour effet de modifier le comportement de son destinataire, avait assigné ce dernier aux fins d'obtenir des dommages et intérêts. La Cour d'appel, considérant que le concurrent avait commis une faute en ne respectant pas l'injonction prononcée par le juge des référés, avait accueilli cette demande. Cette décision est cassée : la Cour de cassation rappelle en effet qu'il ne pouvait être reproché au second concurrent, qui n'était pas partie à l'audience de référé, la violation d'une obligation qui n'avait pas été mise à sa charge. La solution aurait pu être différente si le franchiseur avait fondé son action sur la complicité

du tiers dans la violation par le franchisé de son obligation d'approvisionnement et non sur la violation de l'injonction.

**160** La faute du tiers étant liée à celle du franchisé, elle est en conséquence circonscrite par l'obligation mise à la charge du franchisé.

On se souvient de l'arrêt par lequel la Cour d'appel de Paris avait débouté le franchiseur de ses demandes formées à l'encontre du tiers qu'il considérait comme complice de la violation par le franchisé de son obligation de non-réaffiliation, au motif que la clause de non-réaffiliation interdisait uniquement au franchisé de se réaffilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale, alors que la nouvelle enseigne du franchisé était, à l'époque où ce dernier l'avait adoptée, portée par un faible nombre de magasins tant au niveau local qu'au niveau régional (92).

Si le raisonnement de la Cour d'appel était emprunt de logique, l'arrêt a néanmoins été cassé en 2009 (93). En l'espèce, en effet, le franchisé avait lui-même été condamné par une sentence arbitrale, pour violation de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle, ce que le franchiseur n'avait pas manqué de faire valoir devant les juges étatiques. Or, souligne la Cour de cassation, les sentences arbitrales étant opposables au tiers, la Cour d'appel aurait dû « rechercher, comme elle y était invitée, si la sentence arbitrale (...) n'avait pas définitivement retenu l'existence d'une violation de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle ».

**161** Enfin, la Cour d'appel de Paris (94) a précisé que la complicité n'était pas constituée dès lors qu'une tête de réseau présentait aux franchisés d'un second réseau les avantages de son enseigne. La Cour a en effet estimé qu'« en régime de libre concurrence, il [était] loisible aux unes de faire valoir auprès des adhérents des réseaux des autres, les avantages allégués de leur mode de distribution, dès lors qu'elles ne souscriv[iaient] pas de liens contractuels nouveaux tant que les anciens [étaient] encore en vigueur et qu'elles ne particip[iaient] pas aux éventuelles violations des obligations contractuelles que pourraient commettre les franchisés vis-à-vis de leur franchiseur ».

### b) Les conditions de l'existence de la complicité

Une décision commentée : Cass. com., 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-17296, inédit)

**162** La complicité du tiers ne peut être établie que lorsque ce dernier a connaissance de l'obligation mise à la charge du franchisé.

L'une des affaires dont a eu à connaître la Cour de cassation au printemps 2009, en matière de clause de préférence, présente à cet

[88] CA Paris, 2 octobre 2008, RG n° 05/21289 ; Juris-Data n° 2008-374078.

[89] Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-16168, inédit.

[90] CA Paris, 2 octobre 2008, RG n° 05/21301, inédit.

[91] Cass. civ. 2°, 5 mars 2009, pourvoi n° 08-10008, inédit.

[92] CA Paris, 22 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-356526.

[93] Cass. com., 26 mai 2009, pourvoi n° 08-11588.

[94] CA Paris, 2 octobre 2008, RG n° 05/21966, inédit.

égard un aspect original (95). En l'espèce, il ne faisait aucun doute que le tiers savait que l'obligation en cause avait existé : le franchiseur lui avait notifié le contrat de franchise dans ce but ; la difficulté résidait dans la question de savoir si le tiers avait eu connaissance du fait que l'obligation avait subsisté.

En effet, à l'époque des faits, un conflit existait entre le franchiseur et le franchisé quant à la date à laquelle les relations contractuelles avaient pris fin : le franchisé soutenait que le contrat avait pris fin dès le terme que ce dernier prévoyait expressément, alors que le franchiseur se prévalait de la prorogation du contrat au-delà dudit terme. Les démarches menées par le tiers en vue de l'acquisition du fonds de commerce du franchisé avaient commencé entre le terme indiqué dans le contrat et le terme de la période de prorogation dont se prévalait le franchiseur. Plus d'un an après la cession, le Tribunal arbitral appelé à connaître de la question de la responsabilité du franchisé avait fait droit au franchiseur, et estimé que le contrat avait effectivement été prorogé au-delà du terme initialement prévu.

La Cour d'appel, saisie de la question de la responsabilité du tiers acquéreur, avait estimé que ce dernier avait pu légitimement croire que les relations contractuelles avaient cessé au moment où il avait décidé d'acquérir le fonds. Même si le pourvoi formé est rejeté, ce motif est néanmoins jugé erroné par la Cour de cassation, selon laquelle il était établi que le tiers acquéreur avait eu connaissance de l'existence d'un conflit entre le franchiseur et le franchisé quant à la date du terme du contrat.

**163** Dans la même affaire, la Cour de cassation a rappelé que la responsabilité du tiers acquéreur du fonds de commerce du franchisé sur lequel le franchiseur disposait d'un droit de préférence implique, outre la connaissance dudit droit de préférence, celle de l'intention du franchiseur d'en faire usage (96) et a, faute d'éléments probants en ce sens, jugé bien fondée la décision de la Cour d'appel qui n'avait pas retenu la responsabilité du tiers acquéreur.

### c) La preuve de la complicité

**Trois décisions commentées : Cass. com., 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-17296, inédit) ; CA Paris, 2 octobre 2008 (RG n° 05/21966, inédit) ; CA Paris, 2 octobre 2008 (RG n° 05/21301, inédit)**

**164** La preuve de la complicité du tiers poursuivi incombe, conformément au droit commun, au franchiseur. Les affaires précitées le rappellent, il appartient au franchiseur de prouver :

— l'existence d'une action commise par son concurrent, par exemple que son concurrent a approvisionné le franchisé lié par une clause d'approvisionnement exclusif avant le terme du contrat (97) ;

— que son concurrent avait connaissance de l'obligation mise à la charge du franchisé, et, en matière de clause de préférence, de l'intention du franchiseur de s'en prévaloir (98).

**165** La Cour d'appel de Paris a en outre apporté des précisions sur les modalités de preuve de la complicité du tiers (99).

Le franchisé ayant rompu de manière anticipée le contrat de franchise et le contrat d'approvisionnement le liant au franchiseur afin d'intégrer immédiatement un réseau concurrent, l'ancien franchiseur soutenait que ledit concurrent procédait à un démarchage de grande ampleur de ses franchisés.

La Cour d'appel de Paris a estimé que ce démarchage n'était prouvé ni par la mise en perspective des différents contentieux ayant opposé les deux réseaux lors de la rupture anticipée des contrats de franchise du premier franchisé, ni du fait que le même avocat soit intervenu, pendant la même période, à la fois pour le franchisé et pour le nouveau franchiseur.

**166** L'appréciation de la preuve relative aux conditions d'existence de la complicité relève de la compétence souveraine des juges du fond. Ainsi, dans une hypothèse où le franchisé avait violé la clause de préférence dont bénéficiait le franchiseur, les juges ont souverainement retenu que le franchiseur ne démontrait pas que l'acquéreur du fonds aurait eu connaissance de son intention de faire usage de son droit de préférence (100).

### 3. La responsabilité du tiers auteur d'une atteinte aux signes distinctifs à l'égard des parties

**Quatre décisions commentées : CA Paris, 19 novembre 2008 (RG n° 07/08568) ; 1<sup>er</sup> octobre 2008 (RG n° 07/11006) ; 4 juillet 2008 (RG n° 07/07671) ; 6 juin 2008 (RG n° 07/03323)**

**167** Le franchiseur, tenu en vertu de la nature du contrat de franchise de transmettre à ses franchisés des signes attractifs de clientèle, est généralement titulaire d'une ou plusieurs marques déposées à l'INPI, et faisant à ce titre l'objet d'un droit privatif. Il est donc en droit de défendre cette marque contre les atteintes qui pourraient lui être portées par des tiers ; lorsque l'usage de cette marque est concédé aux franchisés, le franchiseur a le devoir de procéder à cette défense.

À cette fin, le franchiseur dispose, en tant que titulaire de la marque, de l'action spécifique en contrefaçon. Selon l'article L. 716-1 du Code

[95] Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-17296, inédit.

[96] Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-17296, inédit ; v. sur ce point infra le chapitre consacré à la cession du contrat de franchise.

[97] CA Paris, 2 octobre 2008, RG n° 05/21301, inédit.

[98] Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-17296, inédit.

[99] CA Paris, 2 octobre 2008, RG n° 05/21966, inédit.

[100] Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-17296, inédit.

de la propriété intellectuelle en effet, la contrefaçon est « l'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque » (101).

**168** Cependant, de nombreux signes distinctifs du réseau ne sont pas susceptibles d'être protégés par un droit privatif (enseigne et nom commercial en particulier) : en conséquence, le franchiseur ne peut pas agir en contrefaçon en cas d'atteinte à ces signes distinctifs. Il dispose en revanche des actions en concurrence déloyale et parasitisme, fondées sur la responsabilité délictuelle.

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris (102) offre une illustration d'actes qualifiés de concurrence déloyale et de parasitisme — et qui, vraisemblablement, correspondaient à ce qui est aujourd'hui dénommé « concurrence parasitaire » — portant atteinte au slogan du réseau.

En l'espèce, un contrat de franchise avait été résilié par le franchiseur en raison de l'ouverture — sur le territoire exclusif — d'un établissement concurrent, par une société dont était associé le gérant de la société franchisée. À la suite de cette résiliation, le franchiseur avait diffusé dans le réseau un slogan publicitaire, qui avait été concomitamment utilisé non seulement par l'ancienne agence franchisée, mais également par l'agence concurrente dont l'ouverture avait motivé la résiliation du contrat de franchise.

L'ancien franchisé et l'agence concurrente soutenaient être les auteurs de leur slogan. La Cour d'appel relevant, d'une part, que la preuve de cette affirmation n'était pas rapportée, et, d'autre part, que ces sociétés ne niaient pas que le slogan avait été diffusé par le franchiseur dans l'ensemble du réseau, en déduit l'existence d'actes parasitaires puisqu'en utilisant ledit slogan, les sociétés avaient « entendu se placer indûment dans le sillage de cette dernière au réseau de laquelle elles n'appartenaient pas et qu'elles [avaient] profité sans bourse délier de certains de ses investissements publicitaires ».

**169** Les actions en concurrence déloyale et en concurrence parasitaire étant toutes deux fondées sur l'article 1382 du Code civil, il est fréquent que ces actions, qui correspondent à des hypothèses différentes, soient invoquées indistinctement par les parties. La Cour d'appel de Paris a ainsi eu l'occasion de préciser les contours respectifs de ces deux actions (103).

L'espèce concernait un réseau de salons de coiffure comprenant une école de formation à destination des franchisés, dans lequel le franchiseur était licencié de la marque.

Deux sociétés extérieures au réseau avaient fait circuler un dépliant faisant la publicité de stages de formation, au sein duquel, d'une part, était indiqué que cette formation serait dispensée par l'ancienne codirectrice de l'école du réseau et, d'autre part, étaient reproduits l'image de coupes et l'argumentaire propres à ladite école.

Le franchiseur et le titulaire de la marque avaient assigné les deux sociétés auteurs du dépliant en contrefaçon, ainsi qu'en concurrence déloyale et parasitaire. Le Tribunal avait rejeté les demandes du titulaire de la marque, mais fait droit aux demandes du franchiseur fondées sur la concurrence déloyale et parasitaire.

Les sociétés condamnées avaient interjeté appel de cette décision.

La Cour d'appel de Paris relève en premier lieu que même si les notions de concurrence déloyale et de concurrence parasitaire reposent toutes deux sur l'article 1382 du Code civil, elles sont, « caractérisé[s] de manière distincte ». Elle rappelle ensuite que « seule la concurrence déloyale fait référence à la notion de risque de confusion dans l'esprit du consommateur moyen (...) alors que la concurrence parasitaire repose sur la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique s'inspire ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements ».

Les deux actions sont donc examinées séparément : si la concurrence déloyale n'est pas constatée, la Cour considérant qu'il n'était pas démontré de risque de confusion entre le stage proposé et ceux de l'école du réseau, la concurrence parasitaire est quant à elle démontrée : la technique représentée sur les photographies et le slogan publicitaire « renvoient aux fruits d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements développés par l'école de formation [du franchiseur] ». En revanche, la Cour juge qu'il ne pouvait être reproché aux appelantes d'avoir fait référence à l'expérience professionnelle acquise par leur formatrice au sein du réseau.

**170** Lorsque le franchisé est licencié exclusif ou lui-même titulaire de la marque, il dispose également du droit d'agir en contrefaçon à l'égard des tiers portant atteinte à la marque, ainsi qu'en concurrence déloyale et en parasitisme.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a été rendu à la suite de l'action intentée par le franchisé pour la défense de ses droits (104). L'espèce concernait un réseau exploitant une activité de formation et de conseil à destination des salariés des entreprises, et dont le franchiseur était implanté aux États-Unis. Le contrat de franchise autorisait le franchisé — français — à déposer la marque en France. Le franchisé était ainsi lui-même titulaire de la marque française. Ayant eu connaissance d'une publicité émanant d'un concurrent et dans laquelle figurait l'intitulé de la marque, le franchisé avait assigné ledit concurrent en contrefaçon et concurrence déloyale.

Néanmoins, dans cette affaire, la Cour d'appel a confirmé l'annulation de marque prononcée par le jugement de première instance, au motif que ladite marque reproduisait l'expression utilisée pour désigner une

(101) V. pour une hypothèse de contrefaçon par imitation : CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 07/08568 : le défendeur, qui bénéficiait d'un contrat intitulé « contrat de partenariat », conclu avec le titulaire de la marque, prétendait que ce contrat lui donnait droit à l'usage de la marque. L'argumentation est néanmoins rejetée par la Cour.

(102) CA Paris, 6 juin 2008, RG n° 07/03323, inédit.

(103) CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 07/11006, inédit.

(104) CA Paris, 4 juillet 2008, RG n° 07/07671, inédit.

théorie qui, après avoir connu un fort succès aux États-Unis, était arrivée en France avant le dépôt de la marque litigieuse, peu important à cet égard qu'elle ait été inconnue du grand public car elle était l'expression connue et utilisée par ceux qui y travaillaient et la diffusaient. Il s'en suivait que la marque reproduisait une expression nécessaire, ne pouvant par conséquent faire l'objet de droits privatifs, et devait donc être annulée, privant ainsi de tout fondement l'action en contrefaçon du franchisé.

Sa demande formulée au titre de la concurrence déloyale est également rejetée, la recherche d'une confusion et celle d'une appropriation de clientèle n'étant invoquées qu'en termes très généraux.

#### 4. La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'égard du franchisé

Huit décisions commentées : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2009 (pourvoi n° 08-16434) ; Cass. com., 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-18313, *Juris-Data* n° 2009-047441) ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 février 2009 (pourvoi n° 08-11221) ; CA Paris, 11 décembre 2008 (*Juris-Data* n° 2008-374966) ; CA Paris, 3 décembre 2008 (RG n° 07/08087, inédit) ; CA Rouen, 30 octobre 2008 (RG n° 08/03654, inédit) ; Cass. com., 30 septembre 2008 (pourvoi n° 07-16649, *Juris-Data* n° 2008-045258) ; 30 septembre 2008 (pourvoi n° 07-11178, inédit)

**171** Contrairement à la première chambre civile la Cour de cassation, la chambre commerciale n'a longtemps admis la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'égard de l'emprunteur que lorsque le banquier détenait des informations sur la situation de l'emprunteur ignorées de ce dernier (105). Deux arrêts rendus en 2007 par la Cour de cassation réunie en chambre mixte (106) ont mis fin à la controverse en indiquant que le banquier avait un devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur profane.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 mars 2009 (107) s'inscrit dans ce courant.

En l'espèce, le dirigeant de la société crédit-bailleur et le franchiseur avaient élaboré le système suivant, pour procurer aux franchisés les fonds de roulement leur permettant de financer leur démarrage : le franchiseur adressait au crédit-bailleur, au nom des franchisés, des factures correspondant à des travaux d'aménagement partiellement ou totalement fictifs. Les franchisés bénéficiaient ainsi de prêts de sommes ne correspondant à aucun des travaux effectués ; cependant, les loyers du crédit-bail s'avérant exorbitants en raison des factures de travaux surévaluées, les franchisés n'ont plus été en mesure d'y faire face, et ont été condamnés à indemniser la société de crédit-bail.

Le franchiseur et le dirigeant de la société crédit-bailleur ayant été condamnés pénalement, deux franchisés, cautions solidaires de l'un

des débiteurs, avaient obtenu des juges du fond la condamnation de la société crédit-bailleur à leur verser des dommages-intérêts. La société crédit-bailleur, s'estimant victime des agissements de son dirigeant, formait un pourvoi afin d'obtenir l'annulation de cette décision. Le pourvoi est rejeté : la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir estimé que la société crédit-bailleur était nécessairement consciente des agissements de son dirigeant, et avait « manqué à ses obligations contractuelles, notamment de conseil et d'information, d'abord en ne procédant ni à une étude financière sérieuse du projet des franchisés, ni à une étude d'implantation, ni à une vérification du patrimoine [des franchisés], ensuite en omettant de suivre les procédures de contrôle élémentaires applicables aux établissements financiers, enfin en mettant à la charge de M. et M<sup>me</sup> X un loyer qui s'est avéré exorbitant en raison des factures de travaux surévaluées ou non-causées ».

**172** Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen (108) illustre la distinction à laquelle procède actuellement la jurisprudence entre les emprunteurs ou cautions avertis et non-avertis.

Les faits, classiques, étaient les suivants : la société franchisée avait souscrit un prêt, dont les associés de la société s'étaient portés cautions solidaires. La Cour opère une distinction entre la société franchisée, son gérant et l'associée non gérante.

La demande de la société franchisée — mise en cause de la responsabilité de la banque pour manquement à son obligation de mise en garde — est rejetée au motif, d'une part, que la banque ne disposait pas d'informations dont la société franchisée n'aurait pas disposé, et, d'autre part, que le montant du prêt n'était pas déraisonnable au regard des documents remis à la banque (étude de marché et compte prévisionnel), dont il n'était pas démontré qu'ils contenaient des erreurs que la banque aurait dû déceler.

Le gérant est quant à lui qualifié de caution avertie. On sait que le fait que l'emprunteur agisse à titre professionnel n'implique pas nécessairement qu'il soit un emprunteur averti (109), cette qualité devant être démontrée. Néanmoins, la Cour déduit la qualité de caution avertie du gérant précisément de cette qualité ; cette qualification est cependant renforcée par le fait que le gérant avait bénéficié des conseils d'un bureau d'études pour le montage du projet. Dans ces conditions, la responsabilité de la banque est exclue, dans la mesure où, d'une part, le gérant disposait des mêmes informations que la banque sur les perspectives de développement de la société franchisée lors de sa création et, d'autre part, le caractère erroné ou irréaliste du projet financé n'était pas prouvé.

L'associée non-gérante est en revanche considérée comme une caution non-avertie, bien que la banque ait fait valoir qu'elle était l'épouse

(105) Cass. com., 11 mai 1999, *Bull. civ. IV*, n° 95.

(106) Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21104, *Juris-Data* n° 2007-039908 et pourvoi n° 06-11673, *Juris-Data* n° 2007-039909, *Bull. ch. mixte* nos 7 et 8.

(107) Cass. com., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-18313, *Juris-Data* n° 2009-047441.

(108) CA Rouen, 30 octobre 2008, RG n° 08/03654, inédit.

(109) Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21104, *Juris-Data* n° 2007-039908.

du gérant et son assistante administrative. La banque a donc failli à son obligation de conseil et de prudence en lui faisant souscrire dans ces conditions un engagement de caution manifestement disproportionné.

**173** L'obligation de conseil et d'information du banquier va parfois jusqu'à une obligation de mise en garde. Cependant, cette obligation ne s'impose au banquier que dans l'hypothèse où il apparaît que le prêt sollicité dépasse les facultés de remboursement de l'emprunteur. La Cour de cassation a récemment approuvé une Cour d'appel d'avoir raisonné en ce sens (110). En l'espèce, le franchisé, ultérieurement mis en redressement judiciaire, avait préféré souscrire un prêt plutôt que de vendre les actions qu'il possédait. Par ailleurs, le franchisé n'apportait pas la preuve que les mauvais résultats de son entreprise étaient dus aux frais financiers qu'il supportait, ni que l'emprunt aurait été disproportionné par rapport à ses facultés de remboursement. Ces faits ayant été constatés, la Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, avait refusé de retenir la responsabilité du banquier (111). Par un arrêt rendu le même jour (112), la Cour de cassation a également rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une Cour d'appel qui, ayant constaté que les comptes prévisionnels remis au banquier n'étaient pas irréalistes, a considéré que le banquier n'avait pas manqué à son obligation de mise en garde des cautions en accordant un prêt au franchisé. De même, la Cour d'appel de Paris a refusé de retenir la responsabilité du banquier à l'égard de la caution, dirigeant de la société franchisée, après avoir constaté que l'étude de rentabilité effectuée par un professionnel du secteur concerné avait estimé que l'opération était promise à un « avenir florissant », et qu'en conséquence aucun devoir de mise en garde ne pesait sur la banque (113).

La Cour d'appel de Paris a eu, à la fin de l'année 2008 (114), l'occasion de statuer dans une affaire concernant une garantie à première demande consentie par un banquier en faveur du franchiseur, en garantie des sommes dues par le franchisé. En l'espèce, le franchiseur avait actionné la garantie à première demande et le banquier l'avait exécutée. Le franchisé, poursuivi par le banquier en remboursement des sommes versées au franchiseur, tentait de faire obstacle à cette action, notamment en reprochant au banquier d'avoir payé le franchiseur sans l'en informer auparavant, alors, toujours selon le franchisé, que la mise en œuvre de la garantie par le franchiseur aurait été frauduleuse. Pour ce faire, le franchisé indiquait

que la garantie avait été appelée pour le paiement des factures correspondant à des livraisons effectuées postérieurement à la prise d'effet de la résiliation du contrat imposant les obligations financières couvertes par la garantie à première demande.

La Cour rejette l'argumentation du franchisé et rappelle que la fraude ne se présume pas et doit être prouvée. Par ailleurs, elle relève plusieurs éléments tendant à démontrer l'absence de fraude de la part du bénéficiaire de la garantie : au sein de la lettre de résiliation, le franchiseur proposait la mise en place d'une procédure de médiation et le maintien du bénéfice de l'enseigne et des services de la centrale d'achat sous réserve de définir les conditions de paiement et de garantie liées à toute commande ; de plus, les factures au titre desquelles la garantie a été mise en œuvre mentionnent des livraisons effectuées quelques semaines après la lettre de résiliation, ce dont il se déduit qu'elles ont parfaitement pu intervenir lors d'une phase de négociation, au cours de laquelle les parties auraient convenu de maintenir leurs relations de fournisseur à client en contrepartie du maintien de la garantie à première demande pour le paiement des livraisons effectuées au cours de cette période ; enfin, le franchiseur n'avait pas été attrait dans la cause, ce qui lui interdisait de s'expliquer sur le bien fondé de la garantie.

Il convient également de relever une décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation (115), jugeant que le devoir de mise en garde mis à la charge du banquier disparaît dès lors que l'endettement n'est manifestement pas excessif et que le crédit ne fait courir aucun risque. Ainsi, si la déclaration faite par l'emprunteur (qu'elle soit sincère ou non) laisse à penser qu'il n'existe aucun risque d'endettement, le banquier n'est pas tenu d'aller plus loin et d'alerter son client sur les risques de non-remboursement. Les emprunteurs doivent donc se montrer transparents quant à leur situation, sous peine de ne pouvoir ultérieurement engager la responsabilité de leur banquier. Cette décision a d'ailleurs été confirmée par la chambre commerciale (116) de la Haute juridiction.

Dans le même sens, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la responsabilité du prêteur ne saurait être engagée en cas de déloyauté de l'emprunteur. Ainsi, l'emprunteur qui fournit des informations erronées sur sa situation financière ne saurait par la suite reprocher à la banque de se fonder sur des informations inexacts pour vérifier leurs capacités financières (117).

[110] Cass. com., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-16649 ; Juris-Data n° 2008-045258.

[111] La Cour d'appel avait également rejeté la demande du franchisé au motif que ce dernier ne rapportait pas la preuve de ce que la banque disposait d'informations sur les risques de l'opération qu'il aurait ignorées. Ce motif, correspondant à l'état de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation antérieur aux arrêts précités de la chambre mixte du 29 juin 2007, était critiqué par le pourvoi. Celui-ci est néanmoins rejeté, abstraction faite dudit motif, les autres constatations de la Cour d'appel permettant à elles seules de rejeter la responsabilité du banquier.

[112] Cass. com., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-11178, inédit.

[113] CA Paris, 11 décembre 2008, Juris-Data n° 2008-374966.

[114] CA Paris, 3 décembre 2008, RG n° 07/08087, inédit.

[115] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 février 2009, pourvoi n° 08-11221.

[116] Cass. com., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-18251.

[117] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2009, pourvoi n° 08-16434.

## 5. Les relations entretenues par le franchisé avec son bailleur

Trois décisions commentées : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 mai 2009 (pourvoi n° 08-13623, inédit) ; CA Rouen, 25 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-374511) ; CA Toulouse, 10 juin 2008 (RG n° 06/04676, inédit)

**174** Dans la grande majorité des hypothèses, le franchisé est locataire du local dans lequel il exerce son activité. Il est donc susceptible d'être confronté aux mêmes situations, vis-à-vis de son bailleur, que tout commerçant locataire.

On note cependant que le statut de membre d'un réseau intervient souvent dans les rapports du franchisé avec son bailleur.

**175** Ainsi, l'appartenance du locataire à un réseau de franchise peut avoir une incidence sur le montant de l'indemnité d'éviction qui lui est due par le bailleur, ainsi que l'illustre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse le 10 juin 2008 (118).

En l'espèce, le locataire avait acquis le droit au bail un an et demi avant son terme, aux fins d'exploiter un commerce en franchise. Le bailleur a donné congé au preneur pour la fin de la période en cours. Le litige porté devant la Cour concernait la méthode d'estimation de l'indemnité d'éviction retenue par l'expert judiciaire désigné à cet effet. La Cour d'appel approuve l'expert d'avoir retenu une moyenne entre les pourcentages Ferbos et Annales des Loyers pour une franchise du réseau considéré, puis d'avoir corrigé cette moyenne en fonction des particularités du fonds de commerce considéré, et notamment de l'insuffisance de la superficie du magasin pour présenter toute la gamme du franchiseur.

**176** Dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en mai 2009 (119), le franchisé implanté dans une galerie marchande, qui demandait la résiliation du bail aux torts du bailleur propriétaire de ladite galerie marchande, reprochait notamment à ce dernier d'avoir implanté un établissement concurrent à sa proximité, afin de reprendre le magasin qu'il avait aménagé à grands frais pour le mettre aux normes du réseau de franchise. La preuve de ces faits n'étant cependant pas rapportée, le franchisé est débouté de ses demandes.

Cette même affaire (120) concernait également la signature d'un contrat de bail par le franchisé ; ce dernier tentait d'engager la responsabilité de son mandataire à la signature du bail ainsi que celle du notaire ayant assisté à cette signature, au motif que ces derniers n'avaient pas tenu compte de la mention manuscrite ajoutée au mandat, aux termes de laquelle le mandataire devait signer un bail permettant au franchisé d'exercer, outre l'activité objet de la franchise, une activité annexe. Néanmoins, la demande du franchisé est

rejetée aux motifs, d'une part, que la possibilité d'exercer une activité annexe n'avait jamais été évoquée pendant les négociations, d'autre part, que la preuve de l'accord du franchiseur à l'exercice de cette activité annexe n'était pas rapportée, et enfin que l'exercice de l'activité sous l'enseigne du franchiseur était une condition du bail.

**177** Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen à la fin de l'année 2008 (121) offre une illustration originale de l'incidence que peut avoir l'appartenance du franchisé à un réseau sur les relations que ledit franchisé entretient avec son bailleur.

En l'espèce, les conditions particulières du bail indiquaient que le bail serait résilié immédiatement si le locataire quittait le réseau — nommément désigné — auquel il appartenait. La Cour d'appel a constaté que cette stipulation avait pour effet de réduire la possibilité pour le preneur — prévue par les conditions générales du bail — de céder le bail à l'acquéreur de son fonds de commerce avec l'accord du bailleur, à l'hypothèse où l'acquéreur du fonds de commerce s'apprêtait à devenir membre du même réseau. La possibilité de céder le bail était ainsi subordonnée à la décision d'un tiers audit bail, le franchiseur, alors même que l'autorisation donnée par le bailleur au changement d'enseigne n'aurait eu aucun effet, en raison de l'effet automatique de la résiliation. La Cour d'appel de Rouen conclut donc son raisonnement en appliquant à la clause litigieuse l'article L. 145-16 du Code de commerce, qui frappe de nullité les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce.

## 6. La responsabilité du séquestre du prix de vente du fonds de commerce

Une décision commentée : CA Paris, 13 janvier 2009 (RG n° 07/06445, inédit)

**178** La Cour d'appel de Paris a tranché une affaire illustrant la responsabilité du séquestre du prix de vente du fonds de commerce à l'égard du franchiseur (122).

En l'espèce, le franchiseur avait acquis les fonds de commerce détenus par une filiale du franchisé. Plusieurs créanciers de ladite filiale avaient formé opposition sur le prix de vente des fonds, dont une partie avait été mise sous séquestre. La filiale avait alors été placée en liquidation judiciaire, et le séquestre avait placé les fonds qu'il détenait entre les mains du liquidateur.

N'ayant pu obtenir paiement de sa créance dans le cadre de la procédure collective, l'un des créanciers s'était retourné contre le franchiseur, acquéreur des fonds de commerce, et avait obtenu la condamnation de ce dernier à lui payer le montant de sa créance.

(118) CA Toulouse, 10 juin 2008, RG n° 06/04676, inédit.

(119) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 mai 2009, pourvoi n° 08-13623, inédit.

(120) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 mai 2009, pourvoi n° 08-13623, inédit.

(121) CA Rouen, 25 septembre 2008, RG n° 07/02246 ; Juris-Data n° 2008-374511.

(122) CA Paris, 13 janvier 2009, RG n° 07/06445, inédit.

Le franchiseur agissait alors à l'encontre du séquestre, lui faisant grief d'avoir libéré les fonds entre les mains du liquidateur, ce qui l'avait conduit à payer deux fois le montant de la somme séquestrée.

La Cour d'appel de Paris a constaté que le séquestre avait commis une faute en se défaisant des sommes qui lui étaient confiées en les transmettant au liquidateur, alors, d'une part, que celles-ci n'étaient jamais entrées dans le patrimoine du débiteur placé en liquidation judiciaire et que, d'autre part, cette faute avait eu pour effet que le franchiseur avait dû payer une deuxième fois le montant de la somme séquestrée. En conséquence, la Cour condamne le séquestre à rembourser ladite somme au franchiseur.

## 7. La responsabilité du prestataire de services à l'égard du franchiseur

**Une décision commentée : CA Paris, 7 janvier 2009 (RG n° 06/13673, inédit)**

**179** De nombreux réseaux créent en leur sein des instruments de fidélisation de la clientèle, tels que des cartes de fidélité.

La Cour d'appel de Paris a rendu au début de l'année 2009 (123) une décision opposant le franchiseur au sous-traitant du prestataire auquel elle avait confié la confection de telles cartes. Le franchiseur reprochait à son adversaire d'avoir employé une technique inappropriée au but poursuivi, les cartes ayant rapidement présenté des traces d'usure et un effacement des couleurs.

La Cour n'a néanmoins pas suivi le franchiseur dans son raisonnement : le sous-traitant établissait qu'il n'avait jamais été averti du fait que les cartes devaient avoir une durée de vie minimum, et qu'il avait présenté à son client plusieurs devis, dont l'un portait sur la seule technique adaptée à la durée de vie souhaitée par le client. La Cour a donc estimé que le sous-traitant avait correctement rempli son devoir de conseil, et a en conséquence rejeté les demandes du franchiseur.

## B. La responsabilité des parties à l'égard des tiers

### 1. La responsabilité des parties à l'égard de la clientèle

**Une décision commentée : TGI Meaux, 31 décembre 2008 (RG n° 08/00643, inédit)**

**180** Le Tribunal de grande instance de Meaux a tranché une affaire concernant un accident dont fut victime une cliente de l'établissement franchisé. En l'espèce, la cliente avait fait une chute et subi de ce fait divers préjudices physiques, esthétiques et d'agrément. Le franchiseur — en tant que propriétaire des lieux — et le franchisé

— en tant qu'exploitant des lieux — sont condamnés à réparer le préjudice de la victime sur le fondement de l'article 1384 du Code civil (124).

## 2. La responsabilité des parties en qualité d'employeur

**Une décision commentée : CA Metz, 8 décembre 2008 (RG n° 06/00927, inédit)**

**181** On le sait, l'employeur d'un salarié se trouvant dans l'incapacité de poursuivre ses fonctions, notamment en raison d'une incapacité physique, ne peut licencier ce salarié sans chercher préalablement à le reclasser. L'employeur ne peut alors limiter ses recherches à sa propre entreprise, mais doit les étendre au groupe formé par « les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » (125).

Or l'indépendance réciproque des membres d'un réseau de franchise ne fait pas, par principe, obstacle à ce que ce réseau constitue un groupe au sein duquel le reclassement doit être recherché ; la Cour de cassation exige en effet que les juges du fond recherchent, au cas par cas, s'il existe des permutations de personnel entre les membres du réseau (126).

**182** C'est à cet examen que s'est livrée la Cour d'appel de Metz le 8 décembre 2008 (127).

En l'espèce, la salariée d'un franchisé s'était vue interdire tout poste nécessitant des gestes répétés des membres supérieurs ou une manutention manuelle. Aucun poste n'étant disponible au sein de son entreprise, le franchisé avait licencié la salariée, qui lui reprochait de ne pas avoir cherché à la reclasser au sein d'un autre magasin du réseau.

Le franchisé opposait l'indépendance réciproque des membres du réseau.

Après avoir rappelé le principe selon lequel « la recherche de reclassement doit être portée au niveau du groupe c'est-à-dire auprès de l'ensemble des entreprises dont les activités, l'organisation, ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » et relevé que « la notion de groupe au regard de l'obligation de reclassement est donc une notion autonome bien plus vaste que la notion de groupe de sociétés commerciales, ou encore d'unité économique et sociale », la Cour souligne néanmoins que l'existence de plusieurs magasins exploitant la même enseigne « n'établit pas en soit l'existence d'un groupe, d'une possible permutation du personnel ».

(123) CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13673, inédit.

(124) TGI Meaux, 31 décembre 2008, RG n° 08/00643, inédit.

(125) Cass. soc., 5 avril 1995, deux arrêts, Bull. civ. V, nos 123 et 129.

(126) V. par exemple, Cass. soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-45335, inédit.

(127) CA Metz, 8 décembre 2008, RG n° 06/00927 ; Juris-Data n° 2008-373333 inédit.

L'employée n'évoquant pas l'existence de permutations et ne précisant pas avec quel autre magasin se feraient les échanges, la Cour considère que le franchisé a convenablement rempli son obligation de reclassement.

### 3. La responsabilité du franchiseur à l'égard du prestataire de services

Une décision commentée : CA Paris, 25 mars 2009 (RG n° 07/02560 ; Juris-Data n° 2009-377048)

**183** Le franchiseur peut faire appel à certains prestataires de services pour l'assister dans ses différentes missions. La Cour d'appel de Paris a rendu en 2009 un arrêt (128) concernant un contrat d'animation de réseau de franchise.

En l'espèce, le franchiseur, filiale à 100 % d'une société de droit anglais, était à la tête d'un réseau de franchise exploitant le concept développé par la société britannique. Le franchiseur avait signé avec un prestataire un contrat d'animation de réseau de franchise. Moins de deux mois après la signature dudit contrat, les parts sociales de la société franchiseur avaient été cédées à une société de droit américain. En conséquence de cette cession, le franchiseur avait changé de dénomination sociale, et avait cessé d'exploiter le réseau anglais pour développer le réseau américain. Le prestataire invoquait deux moyens pour sortir du contrat et obtenir le paiement de certaines sommes.

En premier lieu, il soutenait que la clause d'incessibilité du contrat avait été violée. Cependant, la Cour, relevant que seule la dénomination sociale avait changé, ce qui n'entraînait pas le changement de personnalité morale, a en toute logique rejeté ce moyen.

En second lieu, le prestataire sollicitait le prononcé de la caducité du contrat pour disparition de sa cause, en se fondant sur le fait que le concept du réseau américain était différent de celui du réseau anglais. Contrairement au précédent, cet argument a été favorablement accueilli par les juges du fond considérant, après avoir relevé à plusieurs reprises dans le contrat des références au concept du réseau anglais, que « le contrat [avait] perdu tant sa cause que son objet existant à la date de la signature et [était] donc devenu caduc ».

---

[128] CA Paris, 25 mars 2009, RG n° 07/02560 ; Juris-Data n° 2009-377048.

[129] V. pour une hypothèse plus marginale, Cass. crim., 19 novembre 2008, pourvoi n° 08-85317 : le dirigeant de fait de la société franchisée est condamné pour banqueroute par détournement ou dissimulation d'actif et pour banqueroute par tenue d'une comptabilité irrégulière ou incomplète. Parmi les critères ayant permis à la Cour d'appel de caractériser la gestion de fait, figure le fait que le prévenu a été le représentant de la société franchisée dans ses relations avec le franchiseur.

[130] Cela peut également être le cas pour la publicité effectuée par le franchiseur (par exemple diffusée au niveau national en application du contrat de franchise, qui pourrait s'avérer constitutive de publicité trompeuse).

[131] CA Douai, 17 juin 2008, RG n° 07/02766 ; Juris-Data n° 2008-367494.

[132] V. pour une défense comparable opposée par le franchisé en matière fiscale, et également vouée à l'échec : CAA Bordeaux, 14 octobre 2008 (deux arrêts), n°s 06BX00691 et 06BX00692 : le contrôle fiscal n'avait pu avoir lieu dans toute son ampleur, le franchisé n'ayant pas conservé sa comptabilité informatique sur l'ensemble de la période visée. Selon la Cour, le franchisé ne pouvait échapper à l'évaluation d'office de son imposition en faisant valoir que le système de gestion informatique était celui préconisé par le franchiseur.

[133] Cass. crim., 8 octobre 2008, pourvoi n° 08-81098, inédit.

[134] Le contrat, intitulé : « Concession exclusive » semblait présenter en réalité les caractéristiques d'un contrat de franchise (paiement d'un droit d'entrée et de redevances par le « concessionnaire », mise à disposition d'une marque et d'une enseigne, remise d'une « bible » et fourniture d'une assistance initiale et au long de l'exécution du contrat par le « concédant »).

---

### 4. La responsabilité pénale des parties au contrat de franchise

Trois décisions commentées : Cass. crim., 19 novembre 2008 (pourvoi n° 08-85317) ; 8 octobre 2008 (pourvoi n° 08-81098, inédit) ; CA Douai, 17 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-367494)

**184** Certaines infractions pénales sont commises par des franchiseurs ou des franchisés à l'occasion de l'exécution du contrat de franchise (129).

C'est notamment le cas des infractions commises dans le cadre de la publicité effectuée par le franchisé (130) et des infractions liées à l'activité franchisée elle-même.

**185** Si la publicité du réseau est généralement diffusée par le franchiseur au niveau national, le franchisé a souvent l'obligation de développer la publicité autour de son point de vente. Dans certaines hypothèses, le franchiseur fournit au franchisé le matériel nécessaire à la publicité locale.

La Cour d'appel de Douai (131) a récemment rendu une décision en matière de publicité mensongère concernant une publicité relative à un établissement franchisé. Le franchisé tentait de se dégager de sa responsabilité en soulignant que l'auteur de la publicité était le franchiseur. Néanmoins, la Cour n'a pas reçu cette argumentation, relevant que le franchisé était à l'origine de la diffusion de la publicité, et aurait donc dû vérifier l'exactitude et la sincérité de cette publicité avant d'ordonner sa diffusion (132).

**186** La responsabilité pénale de la société franchiseur et de son dirigeant a en revanche été retenue dans le cadre d'une affaire, tranchée par la Cour de cassation à la fin de l'année 2008 (133), concernant l'activité du franchisé (134).

En l'espèce, le franchisé, agent immobilier, avait été condamné pour escroquerie et acceptation irrégulière de fonds par un agent immobilier. La société franchiseur et son dirigeant étaient poursuivis, la première pour recel d'escroquerie et le second pour complicité d'escroquerie et d'acceptation irrégulière de fonds par un agent immobilier.

S'agissant de la complicité du dirigeant de la société franchiseur, la Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a caractérisé la connaissance que ce dernier avait des pratiques frauduleuses du franchisé en relevant plusieurs éléments, au nombre desquels figuraient, d'une part, le fait que la redevance perçue par le franchiseur était assise sur le chiffre d'affaires du franchisé, qui ne pouvait donc « que faire l'objet d'un contrôle de réalité », et, d'autre part, l'obligation imposée au franchisé par le contrat d'inscrire sur le serveur minitel, le site internet et tous les services audio, toutes les conven-

tions des locataires et toutes les conventions des propriétaires, obligation qui permettait au franchiseur d'avoir connaissance de la réalité des pratiques du franchisé.

La fourniture de moyens était quant à elle caractérisée par le fait que le dirigeant de la société franchiseur était l'auteur des méthodes et de la politique du réseau, matérialisées par la bible, la documentation, les formulaires et le logiciel remis aux membres du réseau, méthodes et politique dont il connaissait les conséquences.

## Revue générale du droit des assurances



4 numéros/an

### Une vision panoramique de l'actualité du droit des assurances

automobile • construction • maritime • personnes • responsabilité civile • risques divers • intermédiaires d'assurances • procédure • fiscalité • entreprises d'assurance

Dans une approche pluridisciplinaire, la RGDA aborde les aspects juridiques, fiscaux et sociaux des activités de l'assurance, sans omettre leur nouvelle dimension européenne.

#### Au sommaire

- des articles de doctrine
- les dernières jurisprudences commentées dans l'ensemble des activités d'assurance
- les nouveaux textes français et communautaires

## ABONNEZ-VOUS

Informations complémentaires au 01 42 61 93 03  
[www.lextenso-editions.fr](http://www.lextenso-editions.fr)

**L.G.D.J.**

**lextenso** éditions

## L'EXTINCTION DU CONTRAT DE FRANCHISE

**187** Les relations contractuelles qu'entretiennent le franchiseur et le franchisé sont appelées à prendre fin un jour ou l'autre. Lorsqu'il s'agit — comme souvent — d'un contrat à durée déterminée, le contrat peut s'éteindre par la survenance du terme ; l'une des parties peut encore le résilier de manière anticipée, à ses risques et périls. Le fait générateur de cette rupture est en pratique très variable : l'une des parties peut être défaillante ; le franchisé peut vouloir cesser son activité, l'exercer de manière indépendante ou intégrer un réseau concurrent, tandis que le franchiseur peut envisager de substituer un autre franchisé ou une succursale à son cocontractant ou, plus simplement, ne pas faire reprendre l'exploitation considérée. L'extinction du contrat de franchise intervient dans des conditions et selon des modalités diverses ; elle entraîne toujours une pluralité d'effets voulus ou provoqués.

Au regard des décisions entrant dans le champ de la présente étude, il convient de rappeler que l'absence de renouvellement du contrat arrivé à terme (I) comme sa résiliation (II) justifient l'extinction du contrat de franchise. L'achèvement des relations commerciales laisse toutefois subsister des obligations à la charge des parties (III).

### I. La survenance du terme et l'absence de renouvellement du contrat de franchise

Le renouvellement du contrat de franchise doit être distingué de sa prorogation dont il diffère par ses conditions d'application et son régime juridique (A). Le non-renouvellement du contrat de franchise arrivé à terme est un droit pour les parties (B), dont l'exercice peut toutefois, dans certaines hypothèses, donner lieu à sanction (C).

#### A. Le renouvellement et la prorogation du contrat de franchise

Deux décisions commentées : Cass. com., 27 janvier 2009 (pourvoi n° 07-21616) ; Cass. com., 18 novembre 2008 (pourvoi n° 07-18599)

**188** Conformément au droit commun des contrats, la prolongation du contrat de franchise peut intervenir suivant deux modalités distinctes : son renouvellement (1.) ou sa prorogation (2.).

#### 1. Le renouvellement du contrat

##### a) Les conditions d'application du renouvellement

**189** Il est assez fréquent que le contrat de franchise prévoie une clause aménageant le renouvellement du contrat. Ainsi, le contrat de franchise peut être renouvelé selon plusieurs modalités :

— par la tacite reconduction, laquelle aura pour effet de renouveler automatiquement le contrat de franchise, sauf expression de volonté contraire de l'un des cocontractants (1) ;

— par la volonté d'une seule des parties (le plus souvent le franchisé) ;

— par la manifestation expresse des deux cocontractants.

**190** Dans l'hypothèse où le contrat de franchise ne comporterait aucune clause relative à son renouvellement, il pourra être reconduit tacitement dans la mesure où le comportement des parties atteste qu'elles entendent renouveler ledit contrat (2).

Dès lors, le franchiseur doit se montrer vigilant lorsqu'il continue d'exécuter à titre précaire certaines obligations envers le franchisé dont le contrat est arrivé à terme. Ainsi, il convient d'indiquer par écrit que la poursuite de leurs relations contractuelles procède d'un arrangement transitoire. Il s'agit en effet d'une période dite de surveillance à laquelle il est nécessaire de fixer un terme précis, sous peine, à défaut, que le contrat soit considéré comme renouvelé, ou encore qu'il soit requalifié en contrat à durée indéterminée.

##### b) Le régime juridique du renouvellement

**191** Que le contrat de franchise prévoie expressément une clause de renouvellement ou que la reconduction du contrat intervienne tacitement, l'on est en présence d'un nouveau contrat de franchise, ce qui implique des conséquences juridiques substantielles. Ainsi, le contrat de franchise renouvelé doit répondre à certaines conditions :

— il doit être précédé par la communication au franchisé des informations précontractuelles (3), ce qui est parfois omis en pratique ;

— il est soumis à la loi applicable au jour du renouvellement et non à celle en vigueur à la conclusion du contrat initial ;

— il entraîne nécessairement la disparition du contrat de cautionnement — simple ou solidaire — souscrit en garantie de l'exécution du contrat de franchise initial (4), sauf stipulation expresse contraire (5) ;

— sauf stipulation contraire, son contenu, hormis sa durée, est identique à celui du contrat initial. Il est donc vivement recommandé de prévoir, dans le contrat initial, qu'en cas de renouvellement du contrat, le franchisé se verra proposer le contrat-type en vigueur au sein du réseau à la date du renouvellement.

(1) CA Paris, 20 février 2008, RG n° 05/02241 ; Cass. com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-13462.

(2) CA Lyon, 17 juin 1994, Juris-Data n° 1994-045306 ; CA Dijon, 15 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-355669 : en présence d'un contrat de franchise d'une durée de cinq ans envisageant la signature d'un nouveau contrat trois mois avant l'expiration du précédent, et après avoir relevé que les relations contractuelles se sont poursuivies entre les mêmes parties après le terme du contrat initial, la Cour d'appel de Dijon retient (implicitement) l'existence d'un nouveau contrat.

(3) Cass. com., 9 octobre 2007, pourvoi n° 05-14118 ; 11 février 2003, pourvoi n° 00-17074.

(4) Cass. com., 11 février 1997, Bull. civ. IV, n° 46.

(5) CA Aix-en-Provence, 26 mai 2004, Juris-Data n° 2004-261120.

Il convient de faire état de deux arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui traitent de l'obligation d'information en cas de renouvellement du contrat (6). Ces arrêts, qui ont été rendus en matière de sous-licence d'exploitation et de distribution, sont transposables à la franchise.

On le sait, le renouvellement du contrat doit s'analyser juridiquement comme la conclusion d'un nouveau contrat, et il paraît donc logique que ce nouveau contrat respecte les conditions imposées par le régime juridique de la catégorie d'accord à laquelle il appartient. C'est ainsi que l'obligation d'information précontractuelle s'impose en cas de renouvellement (7). Toutefois, les conséquences attachées au manquement à cette obligation sont moins bien connues. D'une part, le franchisé pourra solliciter la nullité du contrat de franchise ainsi renouvelé à condition de démontrer que l'information communiquée ou dont il a été privé a vicié son consentement. Il doit en rapporter la preuve ; à défaut, sa demande en nullité sera rejetée. C'est le principe rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt récent (8). En l'espèce, une sous-licence d'exploitation du savoir-faire avait été souscrite pour une durée de cinq ans, puis avait été renouvelée par tacite reconduction. Le sous-licencié, estimant que l'information précontractuelle, qui lui avait été donnée était insuffisante, demandait à ce que soit prononcée la nullité de la convention de sous-licence. La Cour d'appel rejette sa demande en nullité aux motifs qu'il appartenait au sous-licencié d'établir l'insuffisance de l'information donnée et de démontrer en quoi celle-ci aurait vicié son consentement. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la décision et juge que l'insuffisance de l'information invoquée n'a pu vicier le consentement au sens de l'article L. 330-3 du Code de commerce. D'autre part, le franchisé peut également solliciter la mise en œuvre de la responsabilité du franchiseur pour défaillance dans son obligation de délivrer une information préalable ; dans ce cas, il appartiendra au franchisé de démontrer que l'insuffisance ou le défaut d'information lui a causé un préjudice au sens de l'article 1382 du Code civil. Une décision intéressante rendue en matière de distribution (9) s'est prononcée sur la question de savoir si le fait de ne solliciter que l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement, non pas de l'article 1382, mais de l'article 1116 du Code civil est inopérant. En l'espèce, le renouvellement du contrat de distribution n'avait donné lieu à aucune information précontractuelle. C'est ainsi que le distributeur sollicitait l'octroi de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation d'information prévue à l'article L. 330-3 du Code de commerce. La Cour d'appel rejette sa demande, considérant le moyen inopérant, aux motifs que le distributeur, qui soutenait l'existence d'un dol, sollicitait en réparation uniquement l'octroi de dommages et intérêts alors que la sanction d'une convention contractée avec dol suppose nécessairement une demande en nullité. La Haute juridiction, au visa de l'article L. 330-3

du Code de commerce casse l'arrêt d'appel, jugeant qu'il importe peu que le distributeur ne poursuive pas l'annulation du contrat litigieux.

## 2. La prorogation

**192** La prorogation d'un contrat, aussi appelée « substitution de terme », permet d'en différer le terme extinctif et, partant, de prolonger son existence. La clause de prorogation énonce les conditions (a) et les effets de cette prorogation (b).

### a) Les conditions de la prorogation

**193** À la différence du renouvellement, la prorogation — encore appelée « substitution de terme » — ne fait pas naître un nouveau contrat, mais permet simplement de différer le terme du contrat initial : c'est donc ce même contrat qui s'applique au-delà du terme initialement convenu.

**194** Il convient de distinguer trois types de clauses de prorogation.

En premier lieu, les parties peuvent avoir accepté *ab initio*, sous réserve de la réalisation de certaines conditions, que la prolongation du contrat s'effectuera de plein droit. Ainsi, une fois le contrat arrivé à son terme, si les conditions prévues *ab initio* sont réunies, le contrat sera automatiquement prorogé pour une durée supplémentaire. Il est donc possible pour les parties de prévoir qu'en cas de la réalisation de tel chiffre d'affaires, la prorogation du contrat de franchise interviendra automatiquement.

En deuxième lieu, une promesse de prorogation peut être stipulée. Par ce mécanisme, la prolongation de la durée du contrat est abandonnée à la volonté d'une seule des parties, l'autre étant d'ores et déjà engagée. La partie qui entend proroger le contrat pourra manifester sa volonté de manière expresse ou tacite, en fonction de la rédaction de ladite promesse.

En troisième lieu, la prorogation du contrat de franchise peut être soumise à l'accord des deux parties. Ainsi, si chacune d'elle peut manifester sa volonté de poursuivre le contrat, elle dispose également de la faculté de s'y opposer. Ici encore, selon la rédaction retenue, l'acte de volonté de chacune des parties devra ou non être exprès.

**195** Il convient d'être vigilant quant au moment où les parties entendent décider de proroger la durée du contrat. En effet, elles doivent impérativement se mettre d'accord sur cette prorogation avant l'expiration du contrat initial car, passé ce délai, il ne s'agirait plus de proroger le contrat mais d'en conclure un nouveau, en dépit de la qualification de prorogation donnée par les parties (10).

(6) Cass. com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-21616 ; 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-18599.

(7) Cass. com., 9 octobre 2007, pourvoi n° 05-14118 ; 11 février 2003, pourvoi n° 00-17074.

(8) Cass. com., 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-18599.

(9) Cass. com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-21616

(10) CA Paris, 29 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-353808.

## b) Effets de la prorogation

**196** Si les effets de la prorogation ne posent pas de problème entre les parties dans la mesure où il s'agit de différer le terme du contrat initialement prévu (**α**), ils apparaissent néanmoins plus difficiles à déterminer à l'égard des tiers (**β**).

### a) Entre les parties

**197** La prorogation, à la différence du renouvellement, n'entraîne que le report du terme initial, impliquant des conséquences juridiques différentes :

— il n'y a aucun changement dans le cours de l'exécution sauf concernant la durée (11) ;

— la loi applicable au contrat reste celle qui présidait lors de la conclusion (12) ;

— il n'est pas nécessaire que le franchiseur respecte, au moment de la prorogation du contrat, l'obligation d'information prévue aux articles L. 330-3 et R. 330-1 et suivants du Code de commerce (13).

La prorogation du contrat peut s'accompagner d'une modification de certaines des obligations mises à la charge de l'une ou l'autre des parties (14).

### β) À l'égard des tiers

**198** Les effets à l'égard des tiers restent plus délicats à appréhender, notamment dans une hypothèse particulière, celle de la caution dont le contrat principal garanti a été prorogé. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir si la prorogation doit être considérée comme un simple avenant venant uniquement différer le terme du contrat initial ou si, au contraire, elle fait naître des obligations supplémentaires pour la caution. Dans la première hypothèse, la caution reste tenue alors que dans la seconde, elle est libérée de son engagement dans la mesure où de nouvelles obligations sont mises à sa charge.

**199** Cette discussion, fondée sur l'article 2316 du Code civil, laisse place à des hésitations jurisprudentielles (15). Toutefois, la plupart

des décisions rendues considère que la caution consentie en garantie de l'exécution du contrat de franchise initial n'est pas déchargée du seul fait de la prorogation du contrat de franchise (16).

## B. Le non-renouvellement est un droit pour les parties

**200** S'il est établi que le non-renouvellement du contrat de franchise est un droit pour les parties (1.), l'exercice de ce droit est toutefois limité par la notion d'abus (2.).

### 1. Le principe : l'absence de droit au renouvellement du contrat

Deux décisions commentées : CA Rennes, 29 octobre 2008 (RG n° 06/06561) et CA Angers, 17 juin 2008 (RG n° 07/02547)

**201** Le contrat de franchise a le plus souvent une durée déterminée et prévoit que, sauf manifestation de volonté en sens contraire des parties selon les modalités prévues au contrat, ce dernier sera renouvelé tacitement, soit pour une période définie — qui peut être différente de la période initiale — soit sans limitation de durée. Dès lors que les parties ou l'une d'entre elle a signifié sa volonté de ne pas renouveler le contrat, en respectant les formes qu'il prévoit et notamment le préavis contractuel, celui-ci prend fin à l'arrivée du terme stipulé au contrat (17).

**202** Ainsi, par principe, et en l'absence de stipulations contractuelles contraires, il n'existe ni pour le franchisé, ni pour le franchiseur, de « droit » au renouvellement du contrat de franchise. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante à ce sujet, tant en matière de distribution (18) qu'en matière de franchisage (19).

**203** En conséquence, le franchiseur est libre de ne pas renouveler le contrat de franchise, et ce, peu important les mérites de son franchisé, le rendement de son activité, l'importance des investissements qu'il a réalisés, ses perspectives d'évolution, l'absence de grief imputable au franchisé (20), la durée des relations contractuelles appelées à disparaître, etc.

[11] La durée du contrat prorogé court de la conclusion du contrat initial jusqu'au terme de la prorogation ; elle ne doit donc pas excéder la limite de dix ans résultant des dispositions de l'article L. 330-1 du Code de commerce.

[12] CA Paris, 29 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-353808.

[13] CA Paris, 29 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-353808.

[14] CA Colmar, 9 novembre 2004, Juris-Data n° 2004-274028 : constatant que, par leur volonté commune, les parties avaient décidé de proroger le contrat pour une durée de six mois tout en supprimant la clause de non-concurrence figurant dans le contrat.

[15] La jurisprudence n'est pas parfaitement fixée sur cette question.

[16] Cass. com., 3 avril 2002, RJDA, octobre 2002, n° 1085 ; CA Paris, 16 juin 1993, Juris-Data n° 1993-022294.

[17] CA Chambéry, 8 janvier 2008, Juris-Data n° 2008-356713.

[18] Cass. com., 6 juin 2001, pourvoi n° 99-10768 ; 23 mai 2000, pourvoi n° 97-10553.

[19] CA Paris, 23 février 2000, Juris-Data n° 2000-108177.

[20] CA Paris, 30 octobre 2003, Juris-Data n° 2003-230107 : retenant que le simple fait qu'aucun reproche n'ait été formulé à l'encontre du franchisé, qui ne se doutait pas de la résiliation, est inopérant, dès lors que, dans un contrat à durée déterminée, la résiliation au terme convenu est toujours prévisible.

**204** Il s'agit en réalité pour le franchiseur d'exercer un droit contractuel, ce qui justifie qu'il ne soit pas tenu de motiver sa décision (21). En effet, la durée du contrat est déterminée par la volonté commune des parties et rien ne permettrait de justifier qu'il continue de produire ses effets par la volonté d'une seule d'entre elles, en l'espèce le franchisé.

**205** On aurait pu penser que la Haute juridiction ait institué un droit pour le franchisé au renouvellement de son contrat de franchise, notamment au vu d'une décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation (22). Toutefois, il n'en est rien dans la mesure où cet arrêt retient que la rupture intervenue aux torts exclusifs du franchiseur ouvre droit au franchisé à la réparation du préjudice qui en découle. Or, ce n'est là que l'application classique du droit des obligations.

**206** La volonté des parties de ne pas renouveler le contrat de franchise arrivé à terme doit être suffisamment claire et précise. La Cour d'appel de Douai (23) a jugé qu'une telle volonté n'était pas caractérisée par le simple fait, pour le franchisé qui a conclu un contrat d'approvisionnement avec son franchiseur parallèlement au contrat de franchise, d'indiquer qu'il n'entend pas reconduire le contrat d'approvisionnement. Ainsi, la non-reconduction du contrat d'approvisionnement n'entraîne pas, *de facto*, la résiliation du contrat de franchise. Récemment, l'indépendance juridique des conventions d'approvisionnement et de franchise a d'ailleurs été rappelée par un arrêt de la Cour d'appel d'Angers en date du 17 juin 2008 (24).

**207** Faisant application du droit du franchiseur à ne pas renouveler le contrat, un arrêt récent a également précisé que dans l'hypothèse où le franchiseur déciderait de ne pas renouveler le contrat de franchise, le franchisé ne saurait prétendre à une indemnisation pour les éléments du fonds de commerce qu'il aurait transmis au franchiseur (25). En l'espèce, le franchiseur avait manifesté sa volonté de ne pas procéder au renouvellement du contrat de franchise et avait ouvert un nouveau centre en reprenant le personnel de la société franchisée, laquelle avait cédé son droit au bail. L'ancien franchisé avait alors assigné le franchiseur aux fins d'obtenir une indemnisation pour les éléments du fonds de commerce qu'il lui aurait transmis, en l'espèce la clientèle. Or, la Cour d'appel considère que le franchisé n'a pu s'accaparer la clientèle attachée aux produits de la marque du franchiseur et que c'est en pleine connaissance de cause qu'il a cédé son droit au bail. Elle en conclut que le franchisé ne pouvait dès lors prétendre à aucune indemnisation.

## 2. La limite : le non-renouvellement fautif du contrat

### a) Le non-respect des modalités contractuelles de non-renouvellement

**208** Dès lors que le contrat est renouvelé tacitement, la rupture unilatérale dudit contrat sera fautive si elle n'est ni réalisée conformément aux dispositions contractuelles de résiliation du contrat, ni justifiée par le manquement d'une des parties aux obligations qui lui incombent. Ainsi, la rupture sera fautive dans l'hypothèse où le préavis ou les formes de la manifestation de la volonté de résilier n'auront pas été respectés.

**209** En revanche, par application de l'adage selon lequel « Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude », la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que le franchisé qui s'est abstenu d'aller retirer la lettre recommandée avec avis de réception pourtant présentée à l'adresse exacte de ce dernier, ne saurait se prévaloir de sa propre négligence en invoquant le fait qu'il n'a pas été informé de l'intention du franchiseur de ne pas renouveler les contrats de franchise (26). Cette solution doit être approuvée.

**210** Toutefois, il arrive que l'une des parties soutienne que les contrats de franchise et, le cas échéant, d'approvisionnement se sont poursuivis par tacite reconduction malgré la dénonciation par l'une des parties du renouvellement dans les formes et délais prévus contractuellement. Or, la jurisprudence considère que le fait pour le franchisé, qui a dénoncé le contrat de franchise, de continuer de s'approvisionner auprès du franchiseur ne constitue pas une renonciation de sa part à la dénonciation du contrat de franchise (27). En effet, le simple fait de continuer de s'approvisionner auprès du franchiseur ne suffit pas à démontrer une volonté non équivoque du franchisé de poursuivre le contrat de franchise.

Ainsi, indirectement, la Cour de cassation rappelle l'indépendance juridique des contrats de franchise et d'approvisionnement, y compris dans l'hypothèse où ces contrats seraient conclus avec le même cocontractant (le franchiseur).

### b) L'abus

**211** Si le franchiseur dispose de la faculté de refuser de renouveler un contrat de durée déterminée arrivé à son terme, il peut l'exercer uniquement dans la limite de l'abus. Ainsi, le franchiseur pourra

(21) Cass. com., 9 juillet 1952, RTD com. 195, p. 720, obs. J. Hemard.

(22) Cass. com., 9 octobre 2007, pourvoi n° 05-14118.

(23) CA Douai, 28 juin 2007, RG n° 06/03867.

(24) CA Angers, 17 juin 2008, Juris-Data n° 2008-369900, RG n° 07/02547.

(25) CA Rennes, 29 octobre 2008, RG n° 06/06561.

(26) Cass. com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-13462.

(27) CA Chambéry, 8 janvier 2008, Juris-Data n° 2008-356713.

engager sa responsabilité en cas d'«abus de droit» (28). La jurisprudence considère que la responsabilité du contractant qui abuserait de son droit de ne pas renouveler le contrat est délictuelle (29). Cette solution doit être approuvée.

**212** Ainsi, le franchisé à qui la décision de refus de renouvellement aura été opposée devra démontrer l'existence d'un «abus» (30). En effet, la preuve de l'abus incombe à celui qui l'invoque soit, en règle générale, le franchisé (31). Cette preuve est d'autant plus délicate à rapporter en pratique que, selon la jurisprudence, elle ne peut résulter de l'expression d'un simple refus (32), ni même d'ailleurs du caractère infondé de ce refus (33); un tel abus ne peut pas davantage s'inférer de la seule disproportion de la puissance économique des parties (34).

**213** De même, ne saurait constituer un abus de droit le fait pour le franchiseur de refuser de renouveler le contrat de franchise en raison :

- de la violation par le franchisé de ses obligations contractuelles (35);
- de l'inefficacité du franchisé (36);
- d'une réorganisation du réseau de distribution.

**214** En revanche, à l'instar du droit commun, le non-renouvellement du contrat de franchise à durée déterminée constitue un abus de droit lorsque l'un des cocontractants a commis une faute intentionnelle. Peut par exemple être abusif le fait pour le franchiseur :

- d'avoir laissé croire au franchisé que son contrat serait renouvelé;
- de ne pas lui avoir signalé que son contrat serait substantiellement modifié;
- d'avoir fait réaliser au franchisé des investissements importants en vue d'un renouvellement ultérieurement refusé;
- de n'avoir pas avisé le franchisé du non-renouvellement de son contrat dans un délai de préavis suffisant. Il sera donc possible pour le franchisé, pour caractériser l'abus, de se prévaloir de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce aux termes duquel est sanctionné le fait «de rompre brutalement, même partiellement, une relation com-

merciale établie, sans préavis écrit, tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (...)».

**215** Si l'abus dans le droit de rompre la relation contractuelle peut émaner du franchiseur, il peut également être le fait du franchisé. Ainsi, un préavis de deux mois est-il considéré comme abusif au regard de la relation commerciale établie dès lors que le franchisé a continué à commander des produits-objets du franchisé et respecter l'exclusivité prévue au contrat postérieurement à l'arrivée de son terme, ayant ainsi maintenu le franchiseur dans la croyance légitime d'une pérennité des relations commerciales, quel que soit leur cadre, en l'espèce sans contrat écrit (37). Le franchisé aurait dû se conformer au préavis de trois mois prévu dans le contrat initial.

Dans une autre espèce, il a été jugé que le fait pour le franchiseur de ne pas renouveler le contrat de franchise en raison du non-respect des quotas par le franchisé, alors même qu'il a implanté de nouveaux partenaires à proximité de ses points de vente, ne constitue pas une rupture abusive dans la mesure où le franchiseur n'est pas tenu de garantir une exclusivité au franchisé (38).

## II. La résiliation du contrat de franchise

**216** La résiliation du contrat de franchise peut survenir suivant différents types de modalités (A). Lorsqu'elle intervient de manière fautive, son auteur se doit de réparer les préjudices causés par sa faute (B).

### A. Les modalités de la résiliation

**217** La résiliation peut naître de la volonté commune des parties (1.) ou de la volonté unilatérale de l'une d'elles (2.).

#### 1. La résiliation née du consentement mutuel des parties

Une décision commentée : Cass. com., 13 janvier 2009 (pourvoi n° 08-12375)

[28] V. pour une étude d'ensemble sur cette notion : Encyclopédie Dalloz, *Abus de droit*; Ch. Jamin, *Typologie des théories juridiques de l'abus*, *Rev. conc. consom.*, juillet-août 1996, n° 92.

[29] Cass. com., 4 janvier 1994 : écartant l'abus au visa de l'article 1382 du Code civil.

[30] Cass. com., 16 mai 2006, pourvoi n° 05-15794; 18 décembre 2001, pourvoi n° 99-11787; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 mars 1999, pourvoi n° 96-18549; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 10 mai 1995, pourvoi n° 93-17665.

[31] CA Paris 12 janvier 2005, *Juris-Data* n° 2005-277027; CA Paris, 5<sup>e</sup> ch., 25 janvier 2006, RG n° 03/07941, inédit; Cass. com., 5 juillet 1994, pourvoi n° 92-17918.

[32] Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 juin 1998, pourvoi n° 96-22518.

[33] Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 14 juin 2006, pourvoi n° 04-18250.

[34] CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., sect. B, 9 juin 1994, *Juris-Data* n° 1994-023433.

[35] CA Paris, 13 juillet 1990, *Juris-Data* n° 1990-023627 (non-paiement de redevances).

[36] Cass. com., 9 octobre 2007, *Juris-Data* n° 2007-040801 (non-respect des quotas par le franchisé).

[37] CA Dijon, 15 novembre 2007, RG n° 07/00144, inédit.

[38] Cass. com., 9 octobre 2007, *Juris-Data* n° 2007-040801.

### a) Les conditions de l'accord révocatoire

**218** Aux termes de l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », il est parfaitement possible pour les cocontractants de trouver un accord en vue de mettre fin au contrat initial. En effet, par application de ce principe, ce que les parties ont fait, seules les parties peuvent le défaire.

**219** Pour que l'accord révocatoire produise ses effets, il doit être le fruit d'une offre de révocation suivie d'une acceptation par l'autre cocontractant, laquelle peut être expresse ou tacite. Dans l'hypothèse où l'acceptation est tacite, elle résulte de certaines circonstances dont l'appréciation appartient aux juges du fond, qui, pour ce faire, se fondent sur un faisceau d'indices. Ces derniers doivent être précis, graves et concordants et manifester la volonté commune des parties de mettre fin au contrat qui les liait. Il en sera ainsi lorsque les parties cessent mutuellement d'exécuter leurs obligations à partir d'une certaine date (39) ou encore, lorsqu'une des parties a, par courrier, proposé la résiliation du contrat de franchise et que l'autre a pris acte de celle-ci (40). De même, dans l'hypothèse où le franchiseur autoriserait le franchisé à céder son fonds de commerce, il ne saurait lui interdire la résiliation du contrat de franchise (41).

### b) Les effets de l'accord révocatoire

**220** L'accord révocatoire devant être assimilé à un contrat, il convient d'en analyser la force obligatoire entre les parties (**α**) mais aussi les effets quant au préjudice pouvant en découler (**β**).

#### a) Quant à sa force obligatoire

**221** L'accord révocatoire émanant de la volonté des cocontractants peut être assimilé à un contrat. Il est donc logique qu'il ait force obligatoire entre les parties, ce qui implique que les parties ne pourront remettre en cause ses stipulations qu'au moyen d'un nouvel accord. Il a ainsi été jugé que la partie, victime d'une erreur dans l'appréciation de la date du terme du contrat, ne saurait revenir sur sa volonté de résilier le contrat de manière anticipée (42).

#### β) Quant au préjudice qui en découlerait

**222** Si les parties s'accordent sur le principe de la rupture ; celle-ci ne saurait être fautive. Un récent arrêt rendu par la Cour de cassation le confirme, dans la mesure où il précise que la clause prévoyant une indemnité en cas de résiliation du contrat de franchise

ne saurait produire ses effets dès lors que la résiliation intervient non pas en raison de la faute d'une des parties mais par sa volonté (43). Ainsi, la Cour de cassation infirme l'arrêt rendu par la Cour d'appel, les juges du fond ayant dénaturé les termes du contrat en considérant que cette clause devait être mise en œuvre en cas de résiliation amiable.

**223** Néanmoins, il n'est pas exclu qu'une partie puisse subir un préjudice, c'est la raison pour laquelle les parties restent recevables à agir en réparation de leur préjudice ou en nullité (44). Dès lors, la prudence recommande que les parties, dans le cadre de l'accord révocatoire, s'accordent non seulement sur le principe de la rupture mais également sur ses effets. Il est par exemple possible de prévoir le maintien de la clause de non-concurrence ou encore le fait que la résiliation amiable vaudra confirmation, emportant ainsi extinction du droit d'agir en nullité. À défaut, l'accord révocatoire laissera subsister la faculté pour l'une des parties d'agir en nullité ce qu'a d'ailleurs rappelé un arrêt de la Cour d'appel de Riom (45).

Un accord transactionnel permet de compléter efficacement l'accord de résiliation. Pour être valable, un tel accord nécessite l'existence de concessions réciproques des parties. Il permet de purger, pour le passé comme pour l'avenir, tout différend fondé sur la relation contractuelle amiablement éteinte.

## 2. La résiliation unilatérale du contrat de franchise

**224** Aux termes de la prohibition en droit français des engagements perpétuels, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin, dans la limite de l'abus de droit (46). Ainsi, si en règle générale les contrats de franchise sont conclus pour une durée déterminée, il en va différemment lorsque le contrat est reconduit tacitement sans que le contrat initial n'ait prévu la durée des contrats reconduits.

Dans l'hypothèse où le contrat serait conclu à une durée déterminée, les parties disposent également de la faculté de rompre unilatéralement le contrat, mais dans des circonstances plus restreintes :

- en application de la clause résolutoire stipulée au contrat ;
- en présence de fautes graves d'une partie rendant impossible le maintien du lien contractuel, ainsi que la poursuite de l'engagement

(39) TC Paris, 9 septembre 2005, RG n° 2004/004816.

(40) CA Riom, 20 juin 2007, RG n° 06/01272 ; CA Paris, 28 novembre 1994, Juris-Data n° 1994-024885 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 1990, Juris-Data n° 1990-020781.

(41) TC Paris, 3 juillet 2006, Juris-Data n° 2006-314649.

(42) CA Caen, 6 mars 2008, Juris-Data n° 2008-366373.

(43) Cass. com., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-12375.

(44) CA Riom, 20 juin 2007, RG n° 06/01272, inédit.

(45) CA Riom, 20 juin 2007, RG n° 06/01272, inédit

(46) CA Dijon, 15 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-355669.

souscrit (47). Dans un tel cas, l'autre partie peut mettre fin au contrat de façon unilatérale, mais à ses risques et périls.

En effet, rien n'interdit à la partie qui subit la résiliation de saisir le juge qui pourra, dans la première hypothèse, vérifier si la clause résolutoire a été mise en œuvre régulièrement — autrement dit, si le manquement dont se prévaut le créancier est avéré et sanctionné par la clause résolutoire — et dans la seconde hypothèse, si le comportement de la partie à l'encontre de laquelle le contrat est résilié, revêt une gravité suffisante pour justifier la rupture. Selon les cas, il ordonnera la résiliation du contrat de franchise aux torts de l'une d'elles (a) ou aux torts partagés des deux parties (b).

### a) La résiliation prononcée aux torts exclusifs de l'une des parties

#### a) La résiliation prononcée aux torts exclusifs du franchiseur

Quatre décisions commentées : CA Paris, 21 janvier 2009 (RG n° 06/16463) ; 20 novembre 2008 (RG n° 03/07603) ; 24 septembre 2008 (RG n° 06/04334) et CA Rennes, 3 juin 2008 (RG n° 07/02085)

#### • Le manquement du franchiseur à ses obligations contractuelles ou à son devoir général de loyauté

**225** Lorsque le franchiseur manque à ses obligations essentielles, la résiliation est prononcée à ses torts exclusifs. Le caractère essentiel des obligations du franchiseur est déterminé par le contrat de franchise ; le fait pour le franchiseur de manquer, par exemple, à son obligation de mise à disposition de l'enseigne, d'exclusivité territoriale (48) ou encore de communication du savoir-faire et de l'assistance (49), justifie en principe que soit prononcée la résiliation du contrat de franchise à ses torts exclusifs.

**226** Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en témoigne (50). En l'espèce, un contrat de franchise ayant pour objet la commercialisation d'une marque de vêtement, prévoyait une clause d'exclusivité territoriale. Le franchisé demandait à ce que soit prononcée la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur, ce dernier ayant violé ladite clause en permettant à d'autres points de vente situés dans la zone d'exclusivité de commercialiser la marque concernée. Le Tribunal de commerce de Paris avait fait droit à la demande du franchisé et le franchiseur avait alors interjeté appel de la décision, faisant valoir que ladite clause était territorialement limitée et interdisait uniquement au franchiseur d'ouvrir d'autres franchises dans la même zone. La Cour d'appel de Paris confirme le jugement rendu en première instance, considérant que la clause

d'exclusivité stipulée dans le contrat de franchise interdit au franchiseur non seulement d'ouvrir d'autres franchises sur le territoire donné en exclusivité mais également de commercialiser sa marque dans d'autres magasins. Elle se fonde pour ce faire sur différents éléments, à savoir l'importance et la nature des produits griffés, ainsi que l'importance de leurs périodes de commercialisation.

La résiliation du contrat de franchise peut également être prononcée aux torts exclusifs du franchiseur lorsque celui-ci a manqué à son devoir général de loyauté et à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi (51).

**227** Il est possible de s'interroger sur l'application de ces principes dans le cadre d'un contrat de master franchise. En effet, dans ce cas de figure, la relation contractuelle est tripartite. D'une part, le master franchiseur va accorder à un partenaire local, le master franchisé, une exclusivité d'exploitation et de développement du concept et du savoir associé à l'enseigne dans un pays considéré. D'autre part, le master franchisé qui assurera la fonction de franchiseur dans le pays qui lui est consenti, va conclure des contrats de franchise. Qu'advient-il des contrats de franchise en cas de résiliation du contrat conclu entre le master franchiseur et le master franchisé ? Cette rupture est-elle de nature à justifier la résiliation des contrats de franchise aux torts exclusifs du master franchiseur ?

Pour répondre à ces interrogations, il convient de faire état de deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris le 20 novembre 2008 (52). En l'espèce, un contrat de master franchise avait été conclu entre une société américaine et une société française. Le master franchisé avait alors conclu sur le territoire français un certain nombre de contrats de franchise. Ultérieurement, le master franchiseur ayant mis fin au contrat de master franchise, alors que les contrats de franchise étaient toujours en cours, a alors proposé aux franchisés français de se substituer au master franchisé dans les contrats qu'ils avaient conclus avec ce dernier. Après que les franchisés ont accepté ce changement de cocontractant, le master franchiseur s'est substitué un nouveau master franchisé, puis un certain nombre de difficultés sont intervenues. Les franchisés ont alors demandé que soit prononcée la résiliation de leur contrat de franchise en agissant tant à l'encontre du master franchisé que du master franchiseur, agissant contre ce dernier au plan quasi délictuel et contractuel. Le Tribunal de commerce de Paris rejette leur demande tendant à obtenir la résiliation de leur contrat de franchise, jugeant que les fautes ayant été commises par l'ancien master franchisé. La Cour d'appel de Paris confirme le jugement rendu en première instance et considère que la résiliation du contrat de master franchise intervenue entre le master franchiseur et le master franchisé ne peut être considérée comme un élément permettant de justifier

(47) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, pourvoi n° 96-21485 ; 20 février 2001, pourvoi n° 99-15170 ; 28 octobre 2003, pourvoi n° 01-03662 ; CA Paris, 2 avril 2008, Juris-Data n° 2008-364977.

(48) CA Paris, 28 février 2008, Juris-Data n° 2008-361041 ; CA Lyon, 28 février 2008, Juris-Data n° 2008-365609.

(49) CA Douai, 6 septembre 2007, RG n° 06/1777, inédit.

(50) CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04334 ; Juris-Data n° 2008-374079.

(51) Cass. com., 28 novembre 2006, Juris-Data n° 2006-036487 ; TC Paris, 3 juillet 2006, Juris-Data n° 2006-330083.

(52) CA Paris, 20 novembre 2008, RG n° 03/07603.

une résiliation unilatérale des contrats de franchise aux torts exclusifs du master franchiseur.

#### • La résiliation du contrat par le franchiseur sans juste motif

**228** En principe, en dehors des cas dans lesquels les parties ont prévu dans le contrat des cas de résiliation sans faute, le franchiseur n'est fondé à résilier le contrat que s'il peut se prévaloir d'une faute imputable au franchisé.

Si le franchiseur, pour fonder la résiliation du contrat s'appuie sur des fautes du franchisé qui apparaissent « dérisoires » par comparaison avec celles que lui-même a commises, la résiliation du contrat de franchise doit être prononcée à ses torts exclusifs. Afin d'évaluer la licéité de la résiliation, les juges du fond se livrent à un contrôle de proportionnalité.

Il a ainsi été jugé que le franchiseur n'est pas fondé à demander la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé dès lors qu'il a violé la clause d'exclusivité territoriale stipulée dans le contrat de franchise. En l'espèce, pour justifier sa demande de résiliation, le franchiseur se prévalait des retards de paiement de son franchisé. Toutefois, la Cour d'appel considère que, quels que soient les griefs émis par le franchiseur, à partir du moment où il a violé de manière flagrante son obligation contractuelle d'exclusivité territoriale, cela suffit à justifier une résiliation du contrat de franchise à ses torts exclusifs (53).

Il convient également de souligner l'existence d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes le 3 juin 2008 (54), lequel rappelle que la forme de la résiliation est susceptible d'en impacter la validité. Dans cette affaire, le franchiseur entendait se prévaloir de la clause résolutoire prévue par le contrat de franchise en raison de la violation, par le franchisé, de la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat. Cette clause permettait au franchiseur, dans un tel cas, de résilier immédiatement le contrat par simple lettre recommandée. Néanmoins, le franchiseur n'ayant pas visé dans son courrier la violation par le franchisé de la clause de non-concurrence, la Cour d'appel a considéré que la rupture unilatérale du contrat de franchise par le franchiseur revêtait un caractère fautif.

#### β) La résiliation prononcée aux torts exclusifs du franchisé

Sept décisions commentées : Cass. com., 26 mai 2009 (pourvoi n° 08-13194) ; CA Paris, 18 mars 2009 (RG n° 07/01386) ; 21 janvier 2009 (RG n° 06/11392) ; 7 janvier 2009 (RG n° 06/13301) ; 1<sup>er</sup> octobre

2008 (RG n° 06/10492) ; 24 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-374047) et 6 juin 2008 (RG n° 07/03323)

#### • Le manquement du franchisé à ses obligations contractuelles ou à son devoir général de loyauté

**229** Si la résiliation du contrat de franchise peut être prononcée aux torts exclusifs du franchiseur dès lors qu'il manque à ses obligations essentielles, il en est de même pour le franchisé. Ainsi, la résiliation du contrat de franchise sera prononcée aux torts exclusifs du franchisé dès lors qu'est établi le non-paiement des redevances (55), le non-respect du concept et du savoir-faire du franchiseur (56), de l'obligation d'assortiment minimum (57) ou d'approvisionnement (58), ou encore le refus des visites de contrôle (59). Le non-respect de la clause de non-concurrence pendant l'exécution du contrat constitue également une faute justifiant la résiliation : tel est le cas lorsque le franchisé exploite un magasin vendant le même type d'articles que celui objet de la franchise, alors qu'une disposition de son contrat de franchise lui fait interdiction d'exploiter, directement ou indirectement, pour son compte ou pour le compte d'autrui, des activités similaires à celles du franchiseur et ce, quelle que soit la localisation de cette exploitation (60).

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, il a été jugé que le franchisé manque à ses obligations essentielles lorsqu'il cède son droit au bail à un tiers exerçant une activité différente, sans obtenir l'agrément préalable du franchiseur, contrairement aux dispositions du contrat de franchise (61).

En l'espèce, un contrat de franchise ayant pour objet l'exploitation d'un salon de coiffure avait été conclu. Aux termes de la convention, il était stipulé que l'apport ou la cession de tout ou partie du fonds de commerce du franchisé était soumis à l'agrément préalable du franchiseur. La société franchisée souhaitant céder son fonds de commerce à un acquéreur exerçant une activité de prêt-à-porter, en a, conformément aux stipulations contractuelles, informé le franchiseur. Toutefois, elle n'a pas attendu que celui-ci lui donne son accord pour procéder à la cession de son fonds de commerce. Dès lors, la Cour d'appel a considéré que cette cession, intervenue en violation directe des dispositions liant les parties, doit être regardée comme constitutive d'une résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé.

**230** De même, la Cour d'appel de Paris a récemment considéré que le franchisé manque à une de ses obligations essentielles lorsqu'il se contente d'exercer une activité de livraison à domicile alors

(53) CA Paris, 28 février 2008, Juris-Data n° 2008-361041.

(54) CA Rennes, 3 juin 2008, RG n° 07/02085 ; Juris-Data n° 2008-007112.

(55) CA Paris, 20 juin 2007, RG n° 05/04931 ; CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG n° 06/02396.

(56) CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG n° 06/02396.

(57) CA Pau, 8 novembre 2007, RG n°s 06/00105, 06/00106 et 06/00935 (3 arrêts).

(58) CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG n° 06/02396.

(59) CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG n° 06/02396.

(60) CA Paris, 6 juin 2008, RG n° 07/03323 ; CA Bordeaux, 24 septembre 2007, RG n° 06/00915.

(61) CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 06/10492 ; Juris-Data n° 2008-374080.

que le contrat de franchise lui imposait l'exploitation d'un point de vente à des horaires précis (62). En l'espèce, le contrat de franchise portait sur l'exploitation d'une pizzeria et prévoyait à la fois l'exploitation d'un restaurant et l'exercice d'une activité de livraison rapide à domicile. Ledit contrat imposait à cet effet que l'unité de restauration soit ouverte à la clientèle à des horaires précis. Or le franchisé avait unilatéralement décidé de fermer le restaurant et de ne plus exercer que l'activité de livraison à domicile. La Cour d'appel considère en l'espèce que le franchisé ayant violé une obligation déterminante du contrat de franchise doit être regardé comme ayant lui-même dénoncé unilatéralement son engagement et qu'ainsi, la résiliation du contrat de franchise doit être prononcée aux torts exclusifs du franchisé.

**231** Dans un arrêt du 26 mai 2009 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, la Haute juridiction a jugé que le fait pour le franchiseur de ne pas restituer les sommes prélevées indument pour la communication nationale ne saurait justifier une résiliation prononcée à ses torts exclusifs dès lors que le franchisé ne produit pas les justificatifs nécessaires (63). Doit donc être approuvée la Cour d'appel qui a prononcé la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé.

**232** Dans une autre affaire relative à l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi, la Cour d'appel de Pau a rejeté l'argumentation de plusieurs franchisés auxquels il était reproché d'avoir violé leur obligation d'assortiment minimum. Ils se prévalaient d'une définition figurant dans la motivation d'un arrêt d'appel d'ordonnance de référé pour se contenter de commandes mensuelles réduites à zéro ou symboliques (64), cette interprétation s'opposait à l'obligation générale d'exécution de bonne foi du contrat.

**233** La Cour d'appel de Paris a pu considérer que le fait, pour un franchisé, de dénigrer ouvertement le réseau de franchise auquel il appartient, justifie une résiliation du contrat de franchise prononcée à ses torts exclusifs (65).

**234** Il a enfin été jugé que le fait pour le franchisé de mettre en place un site internet contrairement à l'interdiction faite dans le contrat de franchise justifie que la résiliation dudit contrat soit prononcée à ses torts exclusifs (66).

#### • La résiliation du contrat par le franchisé sans juste motif

**235** La résiliation est également prononcée aux torts exclusifs du franchisé lorsque le manquement du franchiseur, dont il se prévaut pour justifier la résiliation du contrat, n'est pas avéré. L'actualité jurisprudentielle fournit plusieurs illustrations de cette hypothèse. Elles concernent des cas où il était reproché, à torts, au franchiseur de ne pas avoir respecté :

— le processus décisionnel en matière de fidélisation de la clientèle (67) ;

— les modalités de livraison (68) ;

— son obligation d'approvisionnement (69) ;

— ses obligations d'assistance et de transmission du savoir-faire (70).

Il convient également de rappeler que c'est au franchisé ayant résilié le contrat qu'il incombe d'apporter la preuve des manquements commis par le franchiseur (71).

**236** Au manquement contractuel non avéré ou démontré, il faut assimiler le cas où le manquement dont se prévaut le franchisé ne constitue pas une obligation contractuelle pour le franchiseur. Ainsi, dans une espèce où le franchisé faisait grief au franchiseur de ne pas lui avoir rendu compte du développement du réseau, la Cour d'appel n'a pas accueillie son argumentation, au motif que le contrat faisait seulement obligation au franchiseur d'animer le réseau et ne contenait aucune obligation pour le franchiseur de rendre compte périodiquement à ses franchisés du développement du réseau (72).

De même, a-t-il été jugé que le franchisé ne peut légitimement invoqué le non-respect par son franchiseur :

— de son obligation d'approvisionnement aux motifs que la clause selon laquelle « le franchiseur offrira au franchisé un assortiment adapté à son type de magasin et à son environnement » ne peut être interprétée comme obligeant le franchiseur à satisfaire, à chaque fois, l'intégralité des commandes du franchisé dans le délai convenu, qu'il est douteux que le franchiseur ait contracté une telle obligation, les ruptures de stocks ponctuelles étant un événement ordinaire et qu'il n'est pas démontré que les ruptures de stock aient eu, en l'espèce, une importance anormale (73) ;

(62) CA Paris, 18 mars 2009, RG n° 07/01386 ; Juris-Data n° 2009-002274.

(63) Cass. com., 26 mai 2009, pourvoi n° 08-13194.

(64) CA Pau, 8 novembre 2007, 3 arrêts, RG nos 06/00105, 06/00106 et 06/00935.

(65) CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04334 ; Juris-Data n° 2008-374079.

(66) CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392.

(67) CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/029228.

(68) CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/06933.

(69) CA Lyon, 28 février 2008, Juris-Data n° 2008-365609.

(70) CA Paris, 20 juin 2007, RG n° 05/04931 ; CA Lyon, 28 février 2008, Juris-Data n° 2008-365609.

(71) CA Lyon, 28 février 2008, Juris-Data n° 2008-365609 ; 31 janvier 2008, RG n° 06/00187 ; CA Paris, 20 juin 2007, RG n° 05/04931 ; CA Lyon, 22 mars 2007, Juris-Data n° 2007-332144.

(72) CA Lyon, 31 janvier 2008, RG n° 06/00187.

(73) CA Lyon, 31 janvier 2008, RG n° 06/00187 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/06933.

— des délais de livraison dès lors que le contrat stipule expressément que les délais de livraison prévus ne sont donnés qu'à titre indicatif et que les retards ne donnent pas le droit d'annuler la vente, de refuser la marchandise ou de réclamer des dommages et intérêts (74) ;

— des délais d'envoi des factures dès lors qu'aucune disposition contractuelle ne prévoit de délai pour l'envoi des factures du franchiseur au franchisé (75).

**237** Dans une série d'affaires dont la Cour d'appel de Lyon a eu à connaître, les franchisés avaient tenté de mettre à la charge de leur franchiseur une obligation de leur communiquer les accords négociés avec les producteurs et fournisseurs pour le compte du réseau et de leur reverser les avantages consentis par le fournisseur dans le cadre de la négociation des prix, alors qu'aucune clause du contrat ne prévoyait expressément le reversement au franchisé des remises et ristournes accordés par les producteurs et fournisseurs. Ils s'appuyaient sur la stipulation contractuelle selon laquelle « le franchiseur négocie directement avec les producteurs et fournisseurs et agit en tant que centrale de référencement et d'achat pour l'ensemble des produits, et ce pour le compte du réseau », pour soutenir que les franchisés étaient liés par un contrat de mandat ou de commission avec leur franchiseur et que ce faisant, ce dernier avait l'obligation de les faire bénéficier des remises, ristournes et autres rabais consentis par le producteur.

**238** La Cour d'appel a rendu des décisions uniformes en rejetant les prétentions des franchisés (76). Interprétant le contrat de franchise à la lumière de la commune intention des parties (77), les juges ont estimé que peu important l'utilisation de l'expression « négocié pour le compte », les parties ne sont pas liées par un contrat de mandat ou de commission, mais que, dans ses relations avec le franchisé, le franchiseur agit en qualité de grossiste vis-à-vis d'un détaillant qui, après avoir négocié le prix de produits auprès de fournisseurs et les avoir achetés, les revend aux membres de son réseau, à un prix régulièrement fixé conformément au contrat de franchise.

Pour se déterminer ainsi, les juges se sont appuyés sur les stipulations contractuelles suivantes :

— le franchisé s'est engagé à ne s'approvisionner qu'auprès du franchiseur ou de fournisseurs agréés par lui ;

— le contrat prévoit que le franchiseur, pour les produits référencés et livrés directement par lui, assure le stockage sur entrepôt et en communique en permanence au franchisé la liste et la définition ;

— le contrat mentionne la qualité de « franchisé-acheteur » ;

— le contrat prévoit que le franchiseur facture au franchisé et se réserve la propriété des marchandises jusqu'au paiement intégral du prix ;

— le contrat prévoit que le franchiseur communique régulièrement son tarif au franchisé et réserve au franchiseur la possibilité de modifier en hausse ou en baisse le prix des produits pour tenir compte des prix des producteurs et fournisseurs ;

— se trouve joint au contrat un tarif client visant tous les produits référencés et contenant un prix de cession (pris de vente du franchiseur au franchisé), un prix de vente dans le magasin du franchisé et la marge ainsi réalisée.

**239** Dans une décision, les juges ont ajouté que la répartition des avantages consentis par les producteurs et fournisseurs, entre le franchiseur et les franchisés d'abord et entre les différents franchisés ensuite, aurait nécessité l'établissement d'un document contractuel en fixant les règles et modalités (78).

Les franchisés n'ont pas davantage eu gain de cause sur le fondement des articles L. 442-6, I et L. 420-1 du Code de commerce, faute de rapporter la preuve qu'elle n'aurait pas bénéficié des mêmes avantages que ceux procurés à la concurrence par les fournisseurs ou d'une action concertée à laquelle aurait participé volontairement le franchiseur et une autre entreprise et qui aurait eu pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché (79).

Le fait que le franchiseur n'ait pas contesté les termes de la mise en demeure du franchisé apparaît comme impropre à démontrer qu'il a reconnu implicitement l'obligation mise à sa charge par le franchisé (80). En revanche, le fait que le franchisé n'ait pas demandé, dans les premières années d'exécution du contrat, l'exécution de l'obligation dont il invoque la violation, constitue un indice en faveur du mal-fondé de ses allégations (81).

Le franchisé résilie également sans juste motif le contrat de franchise lorsqu'il soutient, à tort, qu'il a fait connaître son intention de ne pas renouveler le contrat de franchise à son échéance (82).

[74] CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/06933.

[75] CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/06933.

[76] CA Lyon, 31 janvier 2008, RG n° 06/00187 ; 15 novembre 2007, RG n° 05/07814 ; 15 novembre 2007, RG n° 06/01059 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/07685 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/07688 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/06933

[77] CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/06933.

[78] CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/06933.

[79] CA Lyon, 15 novembre 2007, RG n° 05/07814 ; RG n° 06/01059 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/07685 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/07688.

[80] CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/06933.

[81] CA Lyon, 31 janvier 2008, RG n° 06/00187 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/06933 ; 15 novembre 2007, RG n° 05/07814.

[82] CA Douai, 28 juin 2007, RG n° 06/03867.

## b) La résiliation prononcée aux torts partagés du franchiseur et du franchisé

Deux décisions commentées : CA Dijon, 10 mars 2009 (RG n° 08/00415) et TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 2006/003843)

**240** Le contrat est résilié aux torts réciproques du franchiseur et du franchisé dès lors que des fautes ont été commises de part et d'autre (83). Ainsi dans une décision rendue par le Tribunal de commerce de Rouen le 29 septembre 2008 (84), la résiliation aux torts partagés du franchiseur et du franchisé a été prononcée aux motifs que les deux parties ont « curieusement manqué de professionnalisme », notamment dans l'établissement des documents précontractuels.

**241** La Cour d'appel de Dijon a également eu à se prononcer sur l'imputabilité de la rupture du contrat de franchise au cours de l'exécution duquel des manquements ont été commis de part et d'autre. En l'espèce, le contrat de franchise portait sur l'externalisation commerciale de la prospection des entreprises. De son côté, le franchisé invoquait le manquement du franchiseur à son obligation d'assistance. Le franchiseur quant à lui invoquait le manquement du franchisé à son obligation de paiement des redevances. Au regard de ces faits, la Cour d'appel considère que le jugement rendu en première instance doit être confirmé en ce qu'il a prononcé la résiliation du contrat de franchise aux torts partagés des cocontractants, dans la mesure où il est établi que des fautes ont été commises par chacune des parties (85).

**242** Toutefois, l'inégalité de la gravité des fautes commises peut justifier que la résiliation soit prononcée aux torts exclusifs de la partie ayant commis le manquement le plus grave. Ainsi, la Cour d'appel de Dijon a-t-elle jugé que la violation flagrante de la clause d'exclusivité territoriale justifie que la résiliation du contrat de franchise soit prononcée aux torts exclusifs du franchiseur « quels que soient les griefs émis par cette société, notamment quant aux retards de paiement de la part du franchisé » (86).

## B. Les sanctions de la résiliation fautive

**243** Conformément au droit commun des obligations, la résiliation fautive du contrat de franchise justifie la réparation du préjudice que son auteur a causé à son cocontractant. L'évaluation de cette réparation relèvera de l'appréciation souveraine des juges du fond (1.), à moins qu'elle ne soit prédéterminée par les parties elles-mêmes au moyen d'une clause pénale (2.).

## 1. La détermination par le juge des préjudices consécutifs à l'anéantissement du contrat

**244** Dès lors que ses conditions d'application sont réunies (a), la résiliation fautive du contrat de franchise ouvre droit à réparation au profit du contractant non fautif (b).

### a) Les conditions du droit à réparation

Une décision commentée : CA Dijon, 10 mars 2009 (RG n° 08/00415)

**245** La résiliation, quand bien même elle serait fautive, n'ouvre pas automatiquement un droit à réparation au profit de la partie victime. En effet, conformément au droit commun de la responsabilité, cette dernière doit rapporter la preuve d'un lien de causalité entre le préjudice qu'elle subit et la faute de son cocontractant. De même, la Cour d'appel de Dijon a récemment rappelé que le franchiseur qui ne démontre pas clairement l'existence d'un préjudice n'est pas fondé à demander l'octroi de dommages et intérêts (87).

**246** La demande de réparation fondée sur la résiliation fautive du contrat ne peut être demandée que par le franchiseur au franchisé et vice-versa. En aucun cas, le dirigeant de la société contractante ne peut demander réparation sur un tel fondement : en l'absence d'un lien de droit entre la partie fautive et ledit dirigeant, ce dernier n'a pas intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile (88). De même, le franchisé, victime de la résiliation fautive, n'est pas fondé à demander la condamnation solidaire de son franchiseur et de son fournisseur dès lors que seul le franchiseur a signé le contrat de franchise et qu'il est en conséquence seul tenu aux obligations qui en découlent (89).

**247** S'agissant du moment de la demande en réparation, il est indépendant de celui de l'inexécution de l'obligation.

### b) La mise en œuvre du droit à réparation

Onze décisions commentées : CA Dijon, 10 mars 2009 (RG n° 08/00415) ; CA Paris, 21 janvier 2009 (RG n°s 06/11392 et 06/16463) ; CA Paris, 7 janvier 2009 (RG n° 06/13301) ; 19 novembre 2008 (RG n° 06/02583) ; 1<sup>er</sup> octobre 2008 (RG n° 06/10492) ; 24 septembre 2008 (RG n°s 06/04420 et 06/04334) CA Aix-en-Provence, 11 septembre 2008 (RG n° 06/12288) ; CA Paris, 10 septembre 2008 (RG n° 06/12740, Juris-Data n° 008-371740) et 6 juin 2008 (RG n° 07/03323)

**248** En raison de son absence d'effet rétroactif, la résiliation fautive du contrat de franchise engage son auteur à réparer les préjudices

[83] CA Bordeaux, 24 janvier 2007, RG n°s 04/06592 et 04/06594 [2 arrêts].

[84] TC Rouen, 29 septembre 2008, RG n° 2006/003843.

[85] CA Dijon, 10 mars 2009, RG n° 08/00415.

[86] CA Dijon, 10 mars 2009, RG n° 08/00415. V. aussi CA Paris, 28 février 2008, RG n° 05/16764.

[87] CA Dijon, 10 mars 2009, RG n° 08/00415.

[88] CA Paris, 5 juillet 2006, Juris-Data n° 2006-312416.

[89] CA Paris, 28 février 2008, RG n° 05/16764.

qui en découlent ( $\alpha$ ) lesquels sont différents des préjudices indemnisables en cas de nullité ou de résolution du contrat ( $\beta$ ).

### a) Les préjudices indemnisables en cas de résiliation du contrat de franchise

**249** La rupture du contrat de franchise est susceptible de causer au cocontractant non fautif un préjudice propre, distinct de celui issu de l'inexécution contractuelle ayant motivé la résiliation ou encore de celui causé par les fautes commises après l'extinction du contrat. Ainsi, les préjudices indemnisables en cas de résiliation du contrat de franchise varient selon que la rupture est imputable au franchiseur ou au franchisé.

#### • Lorsque la résiliation est imputable au franchiseur

**250** Ainsi que cela a été précédemment rappelé, le préjudice du franchisé, doit pour être réparé, être établi et présenter un lien de causalité avec la résiliation prononcée aux torts du franchiseur.

La jurisprudence n'est pas uniforme quant à la question de l'indemnisation. Toutefois, l'examen des décisions permet de dégager quelques courants jurisprudentiels. Ainsi, le franchisé pourra obtenir, lorsqu'ils sont établis, la réparation des préjudices suivants :

— les pertes d'exploitation lorsque les chiffres avancés par le franchisé sont établis par un professionnel du chiffre et attestés par lui, tout en étant corroborés par des déclarations fiscales (90), étant précisé que :

- le montant des charges passées à tort en perte d'exploitation alors qu'elles relèvent de l'amortissement doit être déduit (91),
- la perte de marge brute ne peut être calculée que pour la période où le franchiseur a manqué à ses obligations (92),
- cette indemnisation de perte de revenus exclut toute allocation de dommages et intérêts supplémentaires correspondant à la perte de partie des « capitaux propres », qui n'est que le résultat d'une part de l'insuffisance de marge brute réalisée au cours de la période, et d'autre part de l'incapacité dans laquelle s'est trouvée le franchisé de faire valider quatre trimestres de cotisations à une caisse de retraite en raison de la faiblesse de ses revenus (93) ; à défaut, en effet, cela reviendrait à réparer plusieurs fois le même préjudice,

- il a toutefois été rappelé que la non-réalisation du chiffre d'affaires prévisionnel ne peut être reprochée au franchiseur dès lors que le franchisé ne rapporte pas de lien de causalité entre le préjudice qui en résulte et la faute du franchiseur (94) ;

— le manque à gagner — lequel doit être apprécié, non pas au regard du chiffre d'affaires prévisionnel mais de celui effectivement réalisé — est constitué par la seule privation des bénéfices attendus, après déduction des charges d'exploitation ;

— les investissements financiers non amortis correspondant aux aménagements spécifiques à l'enseigne (95) et au versement du droit d'entrée (96) ;

— le remboursement du solde de l'emprunt bancaire contracté pour les besoins du démarrage de l'activité, dès lors que le franchiseur est responsable des difficultés financières rencontrées par le franchisé (97) ;

— les frais engagés pour remplacer les éléments distinctifs du réseau devant être ôtés en raison de la résiliation ;

— le préjudice commercial (98), et notamment la perte de clientèle rendue inéluctable par la clause de non-concurrence stipulée au contrat, étant précisé que l'indemnisation de ce poste de préjudice suppose que le franchisé puisse se prévaloir d'une clientèle propre et non exclusivement attachée au franchiseur (99) ;

— le préjudice moral.

**251** Le fait que le contrat de franchise soit résilié aux torts exclusifs du franchiseur ne fait pas obstacle à son droit d'obtenir le paiement de diverses sommes restées impayées, correspondant notamment aux marchandises livrées (100) et aux cotisations publicitaires, à moins que les prestations publicitaires aient été inutiles, par exemple du fait de la violation par le franchiseur de la clause d'exclusivité territoriale (101).

**252** Dans l'hypothèse où le contrat de franchise serait résilié sans juste motif par le franchiseur, ou que cette rupture serait abusive (102), celui-ci n'est pas fondé à demander une quelconque indemnisation. Un arrêt récent rendu par la Cour d'appel de Paris relatif à un contrat

[90] CA Nîmes, 23 juin 2005, *Juris-Data* n° 2005-282018.

[91] CA Paris, 5 juillet 2006, *Juris-Data* n° 2006-312416.

[92] CA Douai, 6 septembre 2007, RG n° 06/01777.

[93] CA Douai, 6 septembre 2007, RG n° 06/01777.

[94] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04334 ; *Juris-Data* n° 2008-374079.

[95] CA Douai, 6 septembre 2007, RG n° 06/01777.

[96] CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04334, *Juris-Data* n° 2008-374079 ; CA Paris, 28 février 2008, RG n° 05/16764.

[97] CA Douai, 6 septembre 2007, RG n° 06/1777.

[98] CA Paris, 28 février 2008, RG n° 05/16764.

[99] Cass. com., 9 octobre 2007, pourvoi n° 05-14118.

[100] CA Paris, 28 février 2008, RG n° 05/16764 ; CA Douai, 6 septembre 2007, RG n° 06/1777.

[101] CA Paris, 28 février 2008, RG n° 05/16764.

[102] CA Aix-en-Provence, 11 septembre 2008, RG n° 06/12288.

de réservation, mais transposable au contrat de franchise, en témoignage. En l'espèce, un contrat de réservation avait été conclu entre le franchiseur et le futur franchisé, en vue de l'implantation d'un centre destiné à développer le concept. En exécution de ce contrat, le futur franchisé avait effectué toutes les démarches nécessaires en vue de l'implantation dudit centre. Le franchiseur, considérant que les démarches effectuées par son cocontractant étaient insatisfaisantes, avait rompu le contrat. La Cour d'appel considère alors que la résiliation du contrat doit être prononcée à ses torts exclusifs dans la mesure où il n'établit pas que les manquements étaient de nature telle qu'ils empêchaient la poursuite de la relation contractuelle qui s'était imposée. En conséquence, elle considère, au vu du caractère brutal et abusif de la rupture, que le franchiseur ne saurait être fondé à demander la réparation d'un quelconque préjudice, notamment celui résultant de l'immobilisation du projet ainsi que le préjudice d'image (103).

#### • Lorsque la résiliation est imputable au franchisé

**253** Lorsque la résiliation fautive est imputable au franchisé, le franchiseur peut notamment obtenir la réparation des préjudices suivants, lorsqu'ils sont caractérisés :

— les redevances non réglées (104) ;

— le paiement des redevances de franchise jusqu'au terme du contrat (105) ou, lorsque la faute consiste à ne pas avoir respecté le préavis prévu par la clause de résiliation, le paiement des redevances de franchise jusqu'à la fin du préavis qui aurait dû être respecté (106). Lorsque le montant de la redevance est fixé proportionnellement au chiffre d'affaires et que le franchisé s'abstient de communiquer un tel chiffre, le montant de la redevance est calculé sur la base du dernier mois connu (107). Il a toutefois été jugé que la rupture prématurée du contrat en raison de la faute du franchisé ne constitue qu'une perte de chance pour le franchiseur de percevoir les redevances jusqu'au terme du contrat ; ainsi, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'il ne pouvait bénéficier que du versement d'une somme forfaitaire (108) ;

— le trouble commercial résultant du départ anticipé et brutal du franchisé (109) ;

— le préjudice résultant de la violation de la clause de non-affiliation ou de non-concurrence (110) ;

— la perte de chance de percevoir une marge bénéficiaire réalisée sur la vente des produits au franchisé (111) ;

— le préjudice subi en raison du dénigrement du réseau de franchise par le franchisé (112) ;

— le manque à gagner résultant de la rupture (113).

Lorsque le contrat est résilié aux torts du franchisé, celui-ci ne peut prétendre à aucune indemnisation du fait de cette rupture (114).

Il a également été jugé par la Cour d'appel de Paris (115) que le franchiseur est bien fondé en sa demande de restitution du mobilier lié à l'image du réseau dès lors que la rupture est imputable au franchisé. En l'espèce, une clause imposait au franchisé la restitution du mobilier dans le mois suivant la résiliation. Ce dernier invoquait le caractère léonin de ladite clause dans la mesure où la protection de la marque ne saurait justifier une telle obligation de restitution entraînant une dépossession injustifiée de biens payés par lui. La Cour d'appel le déboute de sa demande, considérant que « le caractère déséquilibré ou purement potestatif de ladite clause n'est pas démontré dès lors que celle-ci est justifiée par l'intérêt même du contrat de franchise qui consiste pour le franchiseur à assurer ainsi le respect des éléments caractéristiques de son image, cette protection visant également à garantir à l'ensemble des franchisés une jouissance paisible desdits éléments pendant toute la durée du contrat ».

#### β) Les préjudices indemnisables en cas de nullité ou de résolution du contrat de franchise

**254** L'annulation ou la résolution du contrat de franchise a, contrairement, à la résiliation, un effet rétroactif, ce qui a pour conséquence de remettre chacune des parties dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait pas contracté. En raison de cet effet rétroactif, le franchiseur est notamment tenu de rembourser au franchisé :

(103) CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/16463 ; Juris-Data n° 2009-003528.

(104) CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301 ; 21 janvier 2009, RG n° 06/11392 ; CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG n° 06/02396.

(105) CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 06/10492 ; Juris-Data n° 2008-374080 ; 20 juin 2007, RG n° 05/04931 ; CA Bordeaux, 21 janvier 2008, RG n° 07/03693 ; 24 septembre 2007, RG n° 06/00915 ; CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/07688 ; CA Bordeaux, 21 janvier 2008, RG n° 07/03693 ; CA Lyon, 31 janvier 2008, RG n° 06/00187.

(106) CA Dijon, 15 novembre 2007, RG n° 07/00144.

(107) CA Paris, 20 juin 2007, RG n° 05/04931.

(108) CA Paris, 6 juin 2008, RG n° 07/03323.

(109) CA Bordeaux, 24 septembre 2007, RG n° 06/00915.

(110) CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392 ; 6 juin 2008, RG n° 07/03323 ; CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/07688 ; 31 janvier 2008, RG n° 06/00187.

(111) CA Lyon, 31 janvier 2008, RG n° 06/00187.

(112) CA Paris, 24 septembre 2008, RG n° 06/04420 ; Juris-Data n° 2008-374047.

(113) CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301.

(114) CA Bordeaux, 24 septembre 2007, RG n° 06/00915.

(115) CA Paris, 11 septembre 2008, RG n° 06/12740 ; Juris-Data n° 2008-371740.

- le droit d'entrée (116) ;
- les factures liées à la formation (117) ;
- les redevances versées depuis la signature du contrat (118).

**255** Le franchisé, quant à lui, doit de restituer les matériels acquis dans le cadre du contrat annulé (119), et doit cesser d'utiliser les signes distinctifs propres au réseau de franchise. Ainsi, le franchisé qui continue d'utiliser les signes distinctifs ainsi que les matériels acquis dans le cadre du contrat annulé est condamné à verser au franchiseur des dommages et intérêt sur le fondement du parasitisme économique (120). Néanmoins, le franchisé ne peut être privé du bénéfice des restitutions réciproques au motif d'une implication insuffisante dans une activité à la rentabilité incertaine (121).

**256** Les restitutions consécutives à la nullité ne se confondent pas avec l'indemnisation des préjudices résultant du dol dont a été victime l'une parties. Ainsi, le franchisé pourra obtenir réparation de ses préjudices matériel et moral (122).

## 2. La clause pénale

**257** La clause pénale présente des caractères spécifiques qui la distinguent des autres clauses contractuelles (a), notamment le fait que le juge dispose de la faculté de la réviser (b).

### a) Les caractères de la clause pénale

Quatre décisions commentées : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2009 (pourvoi n° 08-15156) ; CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008 (RG n° 06/10492) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 septembre 2008 (pourvoi n° 07-13989) et CA Paris, 10 septembre 2008 (RG n° 06/12740)

**258** Les parties disposent de la faculté d'évaluer par avance les dommages et intérêts dus par l'auteur d'une inexécution contractuelle, par l'insertion d'une clause pénale. Cette dernière, régie par les articles 1152 et 1126 et suivants du Code civil, permet aux parties de s'accorder sur le fait que celui qui n'exécute pas l'obligation principale pesant sur lui versera à l'autre, à titre de peine privée, une somme d'argent déterminée à l'avance. Ainsi, la cause de l'obligation de payer consiste dans l'inexécution même du contrat.

**259** Cette clause, qui a la nature d'une peine privée, remplit essentiellement deux fonctions. En effet, il s'agit d'une clause indemnitaire qui joue également un rôle comminatoire.

La clause pénale influe nécessairement sur l'étendue des réparations. Tout d'abord, aux termes de l'article 1229 du Code civil, « la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut en même temps demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ». Cette disposition peut s'expliquer par la nature de la clause. En effet, cette dernière constitue une compensation des dommages et intérêts et ne peut donc permettre un cumul avec ces derniers.

Toutefois, l'absence de cumul ne signifie pas que la clause pénale qui sanctionne l'inexécution d'une obligation déterminée fasse échec à l'octroi de dommages et intérêts complémentaires dus au titre d'autres obligations. Ainsi, lorsqu'elle sanctionne la rupture fautive du contrat de franchise par le franchisé, le franchiseur peut obtenir la réparation du préjudice que lui cause par ailleurs la violation de l'interdiction d'affiliation post-contractuelle prévue par le contrat (123).

**260** Par ailleurs, ayant une fonction de sanction dans le cas d'une inexécution, la clause pénale ne fait pas obstacle à l'exécution forcée de certaines obligations, et notamment à l'exécution forcée du paiement de sommes d'argent. Le débiteur est alors condamné à payer à son créancier, non seulement le montant de la clause pénale, mais également les sommes qu'il lui doit en exécution du contrat. Cela ne sera cependant pas le cas lorsque la clause pénale a pour rôle de sanctionner l'inexécution de l'obligation dont on demande l'exécution forcée, à moins qu'elle en sanctionne uniquement le retard.

**261** Il a récemment été rappelé que la clause pénale ne saurait être assimilée à une astreinte conventionnelle dans la mesure où cette dernière n'a aucune fonction indemnitaire ; ainsi, contrairement à la clause pénale, l'astreinte conventionnelle ne saurait être révisée (124).

Dans un arrêt rendu le 24 septembre 2008, la Cour de cassation a jugé que constitue une clause pénale la clause par laquelle le dépôt de garantie versé par l'acquéreur reste acquis au vendeur en cas de faute du premier (125). En effet, cette clause a pour objet d'assurer au vendeur une bonne exécution par l'acquéreur de ses obligations.

[116] CA Lyon, 24 janvier 2008, RG n° 06/07033.

[117] CA Lyon, 24 janvier 2008, RG n° 06/07033.

[118] CA Paris, 26 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-322712.

[119] CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 06/02583 ; Juris-Data n° 2008-372538.

[120] CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 06/02583 ; Juris-Data n° 2008-372538.

[121] CA Montpellier, 27 novembre 2007, RG n° 07/01587.

[122] CA Lyon, 24 janvier 2008, RG n° 06/07033 ; CA Montpellier, 27 novembre 2007, RG n° 07/01587.

[123] CA Lyon, 8 novembre 2007, 3 arrêts, RG n°s 05/06933, 05/07685 et 05/07688.

[124] CA Paris, 10 septembre 2008, RG n° 06/12740.

[125] Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-13989.

Au contraire, la Cour d'appel de Paris a considéré que la clause contractuelle prévoyant une indemnité au cas où la rupture interviendrait aux torts du franchisé ne saurait être assimilée à une clause pénale. En effet, cette indemnité contractuellement prévue constitue une indemnité de résiliation et ne saurait donc être modulée, contrairement à la clause pénale, sauf à méconnaître les dispositions de l'article 1134 du Code civil (126).

Ces décisions, rendues en matière de franchise, sont conformes à celles que dégage de manière plus générale le droit commun des contrats (127).

C'est dire, à cet égard notamment, l'importance de la rédaction du contrat de franchise.

## b) La révision judiciaire de la clause pénale

### a) Les critères d'appréciation de son caractère manifestement excessif ou dérisoire

Deux décisions commentées : CA Paris, 7 janvier 2009 (RG n° 06/13301) et CA Rennes, 3 juin 2008 (RG n° 05/02285)

**262** Alors que la définition judiciaire de la clause pénale est prévue aux articles 1226 et suivants du Code civil, une loi du 9 juillet 1975 est venue conférer au juge un pouvoir modérateur dans l'évaluation de la clause pénale, à l'alinéa 2 de l'article 1152 du Code civil. Cet alinéa prévoit en effet que « le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite » (128).

La réduction ou l'augmentation du montant d'une clause pénale n'est qu'une simple faculté pour le juge, qui dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire. Ainsi, les juges n'ont pas à motiver spécialement leur décision lorsque, faisant appel à l'appréciation pure et simple des conventions, ils refusent de modérer la peine forfaitairement convenue. En revanche, s'ils décident d'user de leur pouvoir de révision, ils doivent motiver leur décision et exposer les raisons qui les ont conduits à admettre que la somme convenue

était manifestement excessive ou manifestement dérisoire. Afin de déterminer l'opportunité de réévaluer la clause pénale et, le cas échéant, les proportions dans lesquelles cette réévaluation doit être effectuée, les juges peuvent procéder à une appréciation objective ou subjective.

#### • Appréciation objective

**263** La révision judiciaire ne peut avoir lieu que s'il est établi qu'il existe une disproportion manifeste entre le montant de la pénalité et la valeur du préjudice. Dans ces conditions, l'absence d'écart considérable entre l'ampleur du dommage et la somme stipulée justifie le refus opposé au franchisé, obtenir la minoration de l'indemnité contractuellement prévue (129). De même, la clause pénale aux termes de laquelle il est stipulé que le franchiseur ne sera indemnisé que pour la perte des redevances perçues et non pour la perte de marge sur l'approvisionnement ni la perte d'emplacement ne saurait être considérée comme dérisoire (130).

**264** Enfin, il ne faut pas oublier que la clause pénale ayant pour finalité l'exécution des obligations, le juge ne saurait lui enlever sa fonction comminatoire. C'est pourquoi, dans l'exercice de son pouvoir, le juge dispose d'une marge de manœuvre située entre la peine et le dommage. Ainsi, il ne peut réduire substantiellement le montant fixé par la clause, ni élever ce montant à un niveau manifestement supérieur au montant du préjudice.

#### • Appréciation subjective

**265** Le juge a également recours à des critères subjectifs pour décider s'il procédera, ou non, à la révision du montant de la peine contractuelle. À cette fin, il utilise son pouvoir modérateur (131), et procède alors à un contrôle de proportionnalité. Les critères les plus fréquemment utilisés sont : la durée des relations contractuelles (132), le profit tiré de l'exécution du contrat (133), mais aussi et surtout, l'attitude des parties (134).

**266** Pour procéder à la révision de la clause pénale, le juge, peut également prendre en considération la durée réelle de l'exécution

[126] CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 06/10492 ; Juris-Data n° 2008-374080.

[127] On relèvera par exemple, pour ne citer qu'une décision récente, l'intéressante décision rendue le 17 juin 2009 par la première chambre civile de la Cour de cassation (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2009, pourvoi n° 08-15156) qui distingue la clause pénale de la clause de dédit : « la clause de résiliation anticipée autorisant la société U à dénoncer, à tout moment, le contrat de maintenance s'analysait, en l'absence de toute notion d'inexécution, en une faculté de dédit, de sorte qu'elle ne constituait pas une clause pénale, peu important le mode de calcul de l'indemnité devant être payée si le contrat était arrivé à son terme ».

[128] CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG n° 06/02396.

[129] CA Paris, 20 juin 2007, Juris-Data n° 2007-344968 ; CA Nancy, 15 mai 1986, Juris-Data n° 2007-0409876.

[130] CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/07685 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/07688 ; 15 novembre 2007, RG n° 05/07814 ; 15 novembre 2007, RG n° 06/01059.

[131] CA Paris, 7 janvier 2009, RG n° 06/13301.

[132] Aussi, la brièveté des relations contractuelles entre le franchiseur et le franchisé peut justifier une minoration de la clause pénale si son montant est proportionné au temps restant à courir jusqu'au terme contractuel : CA Lyon, 11 février 2000, Juris-Data n° 2000-151453 ; CA Paris, 12 septembre 1997, Juris-Data n° 1997-023002 ; CA Limoges, 16 mars 1988, Juris-Data n° 1988-041327.

[133] Certaines décisions judiciaires ont fait état des avantages retirés par le franchisé à la fois pendant et postérieurement à l'exécution du contrat de franchise, pour refuser de réduire le montant de la clause pénale : CA Bordeaux, 1<sup>er</sup> décembre 2004, Juris-Data n° 2004-267006 ; CA Paris, 4 avril 1998, Juris-Data n° 1998-022498.

[134] CA Aix-en-Provence, 4 mars 2005, Juris-Data n° 2005-275013 : en l'espèce, la résiliation avait été motivée par le fait que le franchisé avait manqué à ses obligations financières ; cependant, des services impayés ayant été facturés par le franchiseur, la clause pénale est minorée. V. en outre, TC Paris, 16 mai 1994, Juris-Data n° 1994-042729 : les investissements effectués par le franchisé pour améliorer la station service concernée sont pris en compte dans le cadre de la minoration de la clause pénale.

du contrat. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes, un contrat de franchise conclu pour une durée de cinq ans et a été résilié après seulement un an d'exécution. Le contrat prévoyait que l'indemnité qui devait être versée en cas de résiliation anticipée était égale au montant des redevances qui auraient dû être perçues jusqu'à la fin du contrat, majorées de 50 %. La Cour juge que cette majoration de 50 % prévue au contrat était excessive en raison de la durée réelle de l'exécution du contrat et des difficultés intervenues entre les parties (135).

**267** La situation de fortune du débiteur peut également justifier la réduction de la clause pénale. En effet, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon s'appuie expressément non seulement sur le fait que le franchiseur a pu installer rapidement un nouveau franchisé dans le secteur, mais également sur la situation de redressement judiciaire du franchisé pour réduire le montant de la pénalité (136).

### β) La charge de la preuve de son caractère manifestement excessif ou dérisoire

**268** Conformément au droit commun de la preuve, et mis à part le cas dans lequel le juge use de son pouvoir de révision d'office, il appartient au créancier de la clause pénale d'apporter la preuve de son caractère manifestement dérisoire et, inversement au débiteur, désireux d'obtenir sa réduction, de rapporter la preuve de son caractère manifestement excessif (137).

Le caractère manifestement excessif ou dérisoire de la peine convenue s'apprécie au jour où le juge statue sur la demande tendant au paiement de la pénalité, et non au moment de la conclusion du contrat (138). Dès lors, si des paiements partiels sont déjà intervenus, le juge les prendra en considération dans l'appréciation du caractère excessif ou non de la clause pénale.

## III. Les relations post-contractuelles

**269** Si dans la majeure partie des hypothèses, la rupture du contrat libère chacune des parties de ses obligations, il en est différemment en matière de franchise : lorsque le contrat de franchise arrive à terme, le franchiseur et le franchisé ne sont pas déchargés l'un envers l'autre de toute obligation. En effet, tandis que certaines obligations découlent de plein droit de la fin du contrat, d'autres sont

imposées par le contrat. Une partie de celui-ci survit ainsi, prévoyant des obligations ayant pour objet soit de liquider le passé contractuel, soit de régir le comportement des parties postérieurement à la rupture du contrat de franchise. Ces obligations s'imposent aussi bien au franchiseur (A) qu'au franchisé (B), indépendamment du caractère fautif ou non de la rupture du contrat.

### A. Les obligations post-contractuelles du franchiseur

#### 1. Les obligations relatives au fichier clients du franchisé et aux cartes de fidélité

**270** Le franchisé peut tenir un fichier contenant des renseignements relatifs à sa clientèle. Le cas échéant, ce fichier peut être commun à l'ensemble du réseau. En tant que traitement de données personnelles, ce fichier doit être conforme aux dispositions de la loi dite « informatique et libertés » (139).

Des difficultés sont susceptibles de survenir lors de la cessation des relations contractuelles, quant aux droits respectifs des parties sur ce fichier. Il semble résulter de l'arrêt Trévisan du 27 mars 2002 (140) que, si les conditions posées par cet arrêt pour que la clientèle locale soit considérée comme appartenant au franchisé sont remplies, le franchiseur n'a pas le droit de faire usage du fichier clients, sauf stipulation contraire du contrat de franchise. De même, un fichier clients appartient, là encore sauf stipulation contraire, à celui qui le constitue. En effet, en tant que base de données au sens de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle (141), il est protégé par le droit d'auteur, sous réserve de la réunion des conditions d'application de ce dernier, et notamment de la condition d'originalité. En outre, qualité de producteur, celui qui constitue la base de données dispose d'un droit *sui generis* lui permettant d'interdire l'extraction totale ou partielle de données et leur réutilisation par la mise à la disposition du public (142).

**271** Cependant, il est plus prudent pour les parties de prévoir contractuellement le sort du fichier de clientèle élaboré par le franchisé. Ainsi, le contrat pourra stipuler que ce fichier est la propriété exclusive du franchisé, ou, au contraire, qu'il est transmis au franchiseur à la fin des relations contractuelles. Dans le premier cas, le franchiseur ne pourra, sauf à commettre une faute, exploiter ledit

[135] CA Rennes, 3 juin 2008, RG n° 05/02285 ; Juris-Data n° 2008-006641.

[136] CA Lyon, 28 février 2008, Juris-Data n° 2008-365609.

[137] En conséquence, le franchisé, aux torts duquel le contrat a été résilié, est débouté de sa demande de réduction dès lors qu'il « ne verse aux débats aucune pièce démontrant que son montant serait manifestement excessif » (CA Chambéry, 10 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-322011 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 1995, Juris-Data n° 1995-021090).

[138] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 1980, pourvoi n° 78-13151.

[139] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

[140] Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732, Bull. civ. III, n° 77 ; Juris-Data n° 2002-013715.

[141] L'alinéa 2 dudit article dispose en effet : « On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ».

[142] CPI, art. L. 342-1.

fichier (143). Dans le second, cette exploitation sera interdite au franchisé.

**272** La solution est différente pour les fichiers des titulaires de cartes de fidélité développées par l'enseigne, qui demeurent la propriété de l'enseigne (144).

## 2. Les obligations relatives aux stocks et au matériel du franchisé

**273** Il est fréquent qu'à la survenance du terme du contrat de franchise, des difficultés apparaissent en raison de la conservation par le franchisé du stock de marchandises fourni par le franchiseur ou sa centrale d'achats. Ainsi, la prudence recommande au franchiseur de prévoir au sein du contrat de franchise une stipulation relative à la reprise des stocks du franchisé par le franchiseur. De même, il est judicieux de préciser le sort du matériel qui a été acquis par le franchisé pour la mise en œuvre du savoir-faire, et qu'il ne sera plus amené à utiliser par la suite.

**274** Selon ce qui est souhaité par les parties, la reprise des stocks pourra être facultative ou obligatoire pour le franchiseur, concerner la totalité ou uniquement une partie — définie selon la nature des biens ou l'ancienneté de leur date d'achat — du stock conservé par le franchisé au moment de la fin du contrat. En outre, la clause devra indiquer la méthode permettant de fixer le prix de reprise ; ce prix peut ainsi correspondre au prix d'achat minoré d'un pourcentage défini au contrat.

Lorsque le contrat a été rompu par la faute du franchiseur, il se verra condamné à reprendre le stock à sa valeur (145).

## B. Les obligations post-contractuelles du franchisé

### 1. L'interdiction d'utiliser les signes distinctifs

#### a) Une obligation découlant de plein droit de la cessation du contrat de franchise

Neuf décisions commentées : Cass. com., 25 février 2009 (Juris-Data n° 2009-003120) ; 10 février 2009 (pourvoi n° 07-21912) ; 27 janvier 2009 (pourvoi n° 08-10.991) ; CA Paris, 20 novembre 2008 (RG n° 03/07603) ; 19 novembre 2008 (RG n° 06/02583) ; 1<sup>er</sup> octobre 2008 (RG n° 06/10492) ; Cass. com., 1<sup>er</sup> juillet 2008 (pourvoi n° 07-14741) ; CA Paris, 6 juin 2008 (RG n° 07/03323) et Cass. com., 3 juin 2008 (pourvoi n° 07-15050)

**275** L'obligation pour le franchisé de cesser d'utiliser les signes distinctifs découle de plein droit de la cessation du contrat de franchise dans la mesure où c'est en vertu du contrat de franchise que l'ancien franchisé disposait du droit, et même du devoir, d'employer les signes distinctifs du réseau. Ce droit disparaît lorsque le contrat prend fin (146), quelle que soit la cause de la cessation des relations contractuelles (147), et ce même si les parties entreprennent, postérieurement à l'expiration de leur contrat, des négociations en vue de la signature d'un nouveau contrat de franchise (148). Le franchisé doit cesser tout emploi de ces signes : marque (149), enseigne (150), nom commercial, nom de domaine (151), logo du ré-

[143] V. CA Paris, 24 janvier 2002, D. 2003, p. 2428, note D. Ferrier : commet un acte de concurrence déloyale par tentative de détournement de clientèle le franchiseur qui après le terme du contrat, viole la clause lui interdisant d'exploiter le fichier constitué par le franchisé « à l'issue du contrat quelle qu'en soit la cause ». V. également, pour une hypothèse proche, CA Colmar, 29 avril 2003, Juris-Data n° 2003-232142 : le franchiseur, après avoir demandé à son ancien franchisé de lui transmettre sa liste de clients, afin de la communiquer au nouveau franchisé pour que ce dernier ne démarque pas la clientèle de l'ancien franchisé, lui a confirmé que le nouveau franchisé ne visiterait en aucun cas la clientèle visée dans la liste. L'engagement ainsi pris est analysé comme une promesse de porte fort. Le franchiseur, tenu d'une obligation de résultat, doit réparer le préjudice subi par l'ancien franchisé du fait du démarchage de sa clientèle par le nouveau franchisé.

[144] CA Chambéry, 2 octobre 2007, Juris-Data n° 2007-353925 : La solution a été énoncée dans un arrêt récent de la Cour d'appel de Chambéry du 2 octobre 2007. En l'espèce, une société exploitant un point de vente sous une enseigne de la grande distribution a agi en concurrence déloyale contre d'autres sociétés exploitant à proximité des points de vente de la même enseigne. Elle leur reprochait un détournement de clientèle, lequel résulterait de l'envoi par les dirigeants d'un courrier à ses propres clients leur faisant connaître qu'ils pouvaient utiliser, dans leurs propres points de vente, la carte de fidélité développée par l'enseigne. La Cour, rejetant un tel grief, confirme le jugement déferé et écarte tout détournement de clientèle. Elle constate que le programme de fidélisation de la clientèle, se traduisant par l'émission de cartes de fidélité, avait été développé par l'enseigne, que ces cartes demeuraient la propriété de l'enseigne, et que le coût financier de ce programme était en définitive supporté par l'enseigne. Dès lors, l'utilisation des fichiers des titulaires de ces cartes par certains points de vente n'était aucunement fautive, en raison de l'attachement de la clientèle à l'enseigne. Or, selon la Cour d'appel, cette utilisation était justifiée en l'espèce, dans la mesure où la carte de fidélité n'était utilisable que dans le point de vente où elle avait été souscrite, et où le retrait de la société requérante de l'enseigne avait privé la possibilité pour la clientèle de ce point de vente d'utiliser la carte de fidélité souscrite. Par conséquent, la Cour d'appel conclue que l'envoi postérieur à ce retrait d'un courrier à cette clientèle l'informant des modalités de conservation et d'utilisation de la carte de fidélité correspondait à une information légitime de cette clientèle, et non à un détournement fautif de clientèle.

[145] CA Douai, 6 septembre 2007, RG n° 06/1777.

[146] V. pour une hypothèse où des difficultés se sont présentées quant à la date de cessation des droits du franchisé sur les signes distinctifs, CA Toulouse, 23 novembre 2006, RG n° 05/05405 : la difficulté était due au fait que le contrat de franchise avait été signé le même jour que trois autres contrats faisant référence à l'enseigne ; la Cour tranche en constatant qu'aucune clause d'indivisibilité n'était contenue dans les contrats, lesquels étaient conclus entre des personnes différentes ou revêtant des qualités différentes, et que l'autorisation d'usage de l'enseigne ne procédait que du seul contrat de franchise.

[147] V. également, pour une hypothèse où un doute existait sur la résiliation, mais où les parties n'exécutaient plus leurs obligations depuis longtemps, CA Colmar, 12 septembre 2006, Juris-Data n° 2006-316629 : « Attendu que la marque [...] et l'enseigne ont été mises à la disposition de la société [franchisée] pour lui permettre d'établir son appartenance au réseau ; qu'en raison de la suspension de l'exécution du contrat de franchise, celle-ci n'agit plus comme un membre du réseau et elle n'est en conséquence plus fondée à utiliser ces signes distinctifs, sauf à tolérer qu'elle puisse continuer à tromper sa clientèle ».

[148] CA Lyon, 22 novembre 2007, RG n° 06/05164 : l'ancien franchisé soutenait que les pourparlers entamés ainsi que l'absence de mise en demeure impliquaient l'acceptation par son ancien franchiseur de la continuation de son activité sous l'enseigne du franchiseur. L'argumentation n'a pas été accueillie par la Cour d'appel qui a vu, dans l'inaction du franchiseur pendant les pourparlers, une simple volonté de conciliation dans le cadre des négociations en cours.

[149] CA Colmar, 12 février 2008, RG n° 06/05059.

[150] CA Lyon, 22 novembre 2007, RG n° 06/05164.

[151] CA Montpellier, 21 septembre 2004, Juris-Data n° 2004-263917. Décision de l'OMPI du 19 juillet 2007, DFR2007-0019, Refil24 GmbH c/ Reset Multiservices : à compter de la date de la résiliation, le franchisé ne disposait plus du droit d'utiliser la marque à quel titre que ce soit et notamment au sein d'un nom de domaine ; le franchiseur était donc fondé à demander la transmission du nom de domaine litigieux à son profit.

seau (152), initiales relatives à la franchise, aménagements et agencements du magasin spécifiques au concept du franchiseur (153), documents publicitaires (154), slogan (155), mais aussi, le site internet propre au réseau de franchise (156).

**276** Le plus souvent, le contrat prévoit que les supports physiques de ces signes doivent être, selon leur nature, soit restitués au franchiseur soit détruits ; en tout état de cause, l'ancien franchisé doit restituer au franchiseur les éléments dont ce dernier a conservé la propriété. Tel sera généralement le cas du matériel d'exploitation (157), des documents relatifs au savoir-faire (158) (bible ou manuel, par exemple) et aux normes du réseau (charte graphique, liasses des procès-verbaux (159), etc.). En cas de refus de restitué le matériel, le franchisé pourra y être contraint par décision de justice (160). En outre, la jurisprudence a reconnu l'urgence de mettre fin au risque que l'ancien franchisé fait courir à l'image du réseau en continuant à utiliser les signes distinctifs de ce dernier ; ainsi, le franchiseur peut toujours saisir le juge des référés afin qu'il ordonne, au besoin sous astreinte, le retrait par le franchisé de tout signe distinctif du réseau (161).

Il convient de préciser que la charge de la preuve, en cas de non-respect des obligations post-contractuelles par le franchisé, incombe au franchiseur. Dès lors, le franchiseur qui ne rapporte pas la preuve de l'utilisation de la marque, de l'enseigne, du logo et/ou des signes distinctifs du réseau par l'ancien franchisé, ne saurait demander réparation du préjudice qui en découlerait (162).

**277** Toutefois, il faut réserver l'hypothèse dans laquelle le franchiseur a accordé un certain délai à son franchisé pour la mise en conformité de son local. Il n'est pas nécessaire que ce délai soit expressément mentionné dans le contrat : la jurisprudence a admis que ce délai puisse figurer, en caractères pré-imprimés, dans un formulaire

rempli par un agent du franchiseur en visite sur les lieux pour procéder à des constatations (163) ou, de manière plus contestable, dans un avenant au contrat de franchise, portant en première page le nom du franchisé, lequel n'était ni daté ni signé (164). Dans les cas où le franchisé se trouve dans l'impossibilité de restituer ces éléments, les juges en prennent acte (165) ainsi que le cas échéant de l'engagement du franchisé de les restituer au cas où il les retrouverait (166). Le défaut de restitution de tels éléments peut se résoudre en dommages et intérêts à condition pour le franchiseur de démontrer l'existence de son préjudice. Tel n'est pas le cas si les éléments distinctifs non restitués sont usagés, sans valeur et sans aucune réelle utilité pour le franchiseur (167).

## b) Les actions à la disposition du franchiseur à l'encontre de l'ancien franchisé

**278** Le contrat de franchise étant rompu, l'ancien franchisé est désormais tiers au réseau. En conséquence, le franchiseur dispose à son encontre, en cas d'utilisation des signes distinctifs du réseau, des actions qu'il peut exercer à l'encontre de tout tiers portant atteinte auxdits signes.

Il est dès lors possible pour le franchiseur d'exercer une action en contrefaçon si que ce dernier poursuit l'exploitation de la marque du réseau auquel il a cessé d'appartenir. Ainsi, l'ancien franchisé commet un acte de contrefaçon en poursuivant son exploitation, sans autorisation, sous la marque du réseau auquel il a cessé d'appartenir (168), et ce, même s'il fait précéder cette marque du terme « anciennement » (169). La contrefaçon est également caractérisée y compris si, au jour où le juge statue, la marque n'est plus protégée

(152) CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 06/02483.

(153) CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 06/10492, Juris-Data n° 2008-374080 ; 19 novembre 2008, RG n° 06/02583 ; Juris-Data n° 2008-372538 ; CA Pau, 8 janvier 2008, RG n° 06/04111.

(154) CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 06/10492, Juris-Data n° 2008-374080 ; CA Aix-en-Provence, 18 mai 2006, Juris-Data n° 2006-305117.

(155) CA Paris, 6 juin 2008, RG n° 07/03323.

(156) CA Paris, 19 novembre 2008, RG n° 06/02483.

(157) CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 06/10492, Juris-Data n° 2008-374080 ; 19 novembre 2008, RG n° 06/02483 ; CA Pau, 8 janvier 2008, RG n° 06/04111.

(158) CA Pau, 8 janvier 2008, RG n° 06/04111.

(159) CA Caen, 6 mars 2008, RG n° 06/2994.

(160) TC Chambéry, 26 août 2005, RG n° 2004/00323 : condamnation de l'ancien franchisé sous astreinte à la restitution de l'enseigne appartenant au franchiseur et louée audit ancien franchisé pendant la durée du contrat.

(161) V. pour une condamnation avec astreinte : CA Paris, 6 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-332901.

(162) CA Paris, 20 novembre 2008, RG n° 03/07603.

(163) CA Colmar, 26 février 2008, RG n° 06/0531.

(164) CA Colmar, 12 février 2008, RG n° 05059.

(165) CA Colmar, 26 février 2008 RG n° 06/05031 ; CA Pau, 8 janvier 2008, RG n° 06/04111.

(166) Pour un manuel opératoire : CA Colmar, 26 février 2008, RG n° 06/05031.

(167) CA Pau, 8 janvier 2008, RG n° 06/04111 : concernant un panneau de promotion des vêtements à l'enseigne du franchiseur.

(168) CA Aix-en-Provence, 18 mai 2006, Juris-Data n° 2006-305117.

(169) CA Aix-en-Provence, 18 mai 2006, Juris-Data n° 2006-305117. V. également Cass. com., 15 décembre 1998, pourvoi n° 96-21675 : l'ancien concessionnaire d'un réseau commettait un acte de concurrence déloyale en se présentant comme « agent agréé » ou « spécialiste » dudit réseau.

faute d'avoir été renouvelée, dès lors que le signe argué de contrefaçon a été apposé à une date à laquelle la marque était encore valable (170).

**279** Le franchiseur peut également exercer une action en concurrence déloyale à l'encontre de l'ancien franchisé s'il établit que le franchisé continue à employer les signes distinctifs du réseau non protégés par des droits exclusifs. Dans un tel cas en effet, le franchisé engage sa responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle. Cette action en concurrence déloyale pourra être exercée dès lors que l'usage porte sur des signes distinctifs qui ne font pas l'objet d'un droit privatif, ainsi que lorsque les actes ne relèvent pas de la contrefaçon *stricto sensu*. Si l'ancien franchisé continue à employer les signes distinctifs du réseau non protégés par des droits exclusifs, il commet à l'égard du franchiseur un acte de concurrence déloyale, sanctionné sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle (171). Toutefois, lorsque les restitutions et la dépose de l'enseigne sont prévues par le contrat, leur violation est sanctionnée sur le fondement contractuel, sans pouvoir être condamnée une seconde fois au titre de la concurrence déloyale et/ou du parasitisme (172).

Il appartient au franchiseur de prouver que le franchisé poursuit l'utilisation des signes distinctifs du réseau (173), ce qu'il fera, la plupart du temps, au moyen de constats d'huissier.

La question qui se pose en la matière est de savoir comment articuler l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale. En effet, si en principe elles constituent deux actions distinctes et indépendantes, en pratique leur mise en œuvre s'avère délicate dans la mesure où l'action en concurrence déloyale est souvent intentée à titre de complément ou de substitut de l'action en contrefaçon.

C'est pourquoi, jusqu'à l'arrêt Bollée (174) de 2007, la jurisprudence exigeait, pour admettre une action en concurrence déloyale inten-

tée en complément d'une action en contrefaçon, qu'elle soit fondée sur des faits distincts.

Depuis, la jurisprudence demeure incertaine, tantôt reprenant la position de l'arrêt Bollée (175), exigeant parfois de surcroît l'existence d'une faute (176) ou semblant revenir purement et simplement sur l'arrêt Bollée (177).

Toutefois, il convient de préciser que la jurisprudence reste incertaine en la matière, exigeant tantôt une faute (178), reprenant tantôt la formule de l'arrêt Bollée (179)

En revanche, si une action en concurrence déloyale fondée sur le parasitisme est intentée, la jurisprudence exige systématiquement un fait distinct de celui ayant fondé l'action en contrefaçon. Un arrêt rendu par la Haute juridiction le 1<sup>er</sup> juillet 2008 a d'ailleurs rappelé cette exigence d'un fait distinct de la contrefaçon (180). En effet, la Cour de cassation rappelle à juste titre que si l'exploitation est contrefaisante, elle constitue par hypothèse un détournement des investissements d'autrui et qu'ainsi, la sanction de la contrefaçon répare aussi ce chef de préjudice, lequel ne peut plus alors être indemnisé une seconde fois au titre du parasitisme.

Enfin, la Cour de cassation a récemment confirmé que les actes de parasitisme, s'ils sont susceptibles d'aggraver le préjudice résultant de la contrefaçon, ne sont pas de nature à caractériser un fait distinct de la concurrence déloyale (181).

**280** L'ancien franchisé, en abandonnant les signes distinctifs du réseau dont il avait l'usage pendant la période d'exécution du contrat de franchise, est conduit en pratique à adopter une autre enseigne voire une autre marque. À moins d'adhérer à un autre réseau, l'ancien franchisé créera ces nouveaux éléments. Dans ce cas, l'ancien franchisé doit s'assurer que ceux-ci soient suffisamment différents de la marque du réseau qu'il a quitté afin de ne pas risquer de créer de confusion dans l'esprit du public. Il commettrait dans le cas contraire un acte de contrefaçon par imitation (182).

---

(170) CA Paris, 26 septembre 2007, RPI, novembre 2007, comm. n° 88.

(171) CA Paris, 20 juin 2007, RG n° 05/04931. En outre, la personne qui cesse l'activité signalée par une enseigne a l'obligation, en vertu du troisième alinéa de l'article R. 581-55 du Code de l'environnement, de supprimer ladite enseigne et de remettre les lieux en état dans les trois mois de la cessation de l'activité.

(172) CA Lyon, 22 novembre 2007, RG n° 06/05164.

(173) CA Lyon, 19 février 2004, Juris-Data n° 2004-237543.

(174) Cass. com., 12 juin 2007, pourvoi n° 05-17349.

(175) Cass. com., 10 février 2009, Juris-Data n° 2009-047000.

(176) Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 07-15050.

(177) Cass. com., 16 décembre 2008, Juris-Data n° 2008-046323 : dans cette décision, la Haute juridiction précise : « Attendu (...) que la Cour d'appel a exactement jugé que l'action en concurrence déloyale n'est pas un succédané de l'action en contrefaçon et exige la preuve d'une faute relevant de faits distincts de ceux allégués au titre de la contrefaçon ».

(178) Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 07-15050.

(179) Cass. com., 10 février 2009, pourvoi n° 07-21912.

(180) Cass. com., 1<sup>er</sup> juillet 2008, pourvoi n° 07-14741.

(181) Cass. com., 25 février 2009, Juris-Data n° 2009-003120.

(182) CA Paris, 26 septembre 2007, RPI, novembre 2007, comm. n° 88.

Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation vient rappeler que l'imitation pure et simple d'un produit concurrent n'est pas en soi fautive (183) : en l'espèce, une société avait imité les produits d'un concurrent dans le cadre d'un appel d'offres d'une commune, compte tenu de la volonté d'harmonisation entre l'existant et la construction à venir manifestée par cette dernière. Faute pour la société concurrente de démontrer la réalité des efforts de commercialisation particuliers qu'elle aurait effectués concernant les produits imités, ni celle de la particulière notoriété de ces derniers, l'imitation ainsi faite n'est pas sanctionnable, ce d'autant plus que la société ayant répondu à l'appel d'offres n'avait entrepris aucune démarche tendant à profiter indûment de ses efforts.

## 2. Les clauses de non-concurrence post-contractuelles et de non-réaffiliation

### a) La validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles et de non-réaffiliation

#### a) Présentation des clauses de non-concurrence post-contractuelles et de non-réaffiliation

Quatre décisions commentées : Cass. com., 8 juillet 2008 (pourvoi n° 07-20385) ; CA Angers 17 juin 2008 (RG n°s 07/005989 et 07/02209) et Cass. com., 3 juin 2008 (pourvoi n° 07-11313)

**281** Par la clause de non-concurrence post-contractuelle, le franchisé s'interdit d'exercer une activité similaire à celle du réseau qu'il quitte, dans des limites de temps et de lieu définies (184) ; il est ainsi fait obstacle à la poursuite par l'ancien franchisé de l'exploitation du savoir-faire de façon considérablement plus efficace qu'au moyen d'une clause d'interdiction d'utilisation du savoir-faire.

Cette clause est mise en œuvre quelles que soient les conditions de la rupture du contrat de franchise. Ainsi, même en cas de rupture aux torts exclusifs du franchiseur, cette clause produira ses effets (185).

**282** Par la clause de non-réaffiliation, le franchisé s'engage à ne pas s'affilier à un réseau concurrent du réseau qu'il quitte, dans des limites de temps et de lieu définies. Cette clause n'est pas associée

à une clause de non-concurrence proprement dite (186), le franchisé conserve, sous certaines conditions, le droit d'exercer une activité similaire à celle qui était la sienne durant la période d'exécution du contrat (187).

Selon la rédaction de la clause, l'interdiction d'affiliation concerne tous les réseaux ou uniquement ceux qui bénéficient d'une renommée régionale ou nationale. Il appartient au franchiseur qui prétend que l'ancien franchisé a violé son obligation de non-réaffiliation de prouver que le réseau auquel ce dernier adhère bénéficie d'une telle renommée (188).

Cette clause permet d'éviter que l'ancien franchisé, devenu membre d'un réseau concurrent, ne divulgue le savoir-faire du franchiseur à l'intérieur de ce réseau ; en effet, s'il est en règle générale contractuellement prévu une obligation de confidentialité post-contractuelle à la charge du franchisé, une telle obligation ne peut garantir le franchiseur initial contre une diffusion discrète de son savoir-faire à l'intérieur d'un réseau concurrent.

**283** Dans deux arrêts rendus le 17 juin 2008, la Cour d'appel d'Angers a eu l'occasion de préciser la portée des clauses de non-réaffiliation. En l'espèce, le franchisé, après avoir demandé la résiliation du contrat de franchise au sein duquel était stipulée une clause de non-réaffiliation, procédait à la commercialisation de produits d'un franchiseur concurrent mais sans y apposer l'enseigne de ce dernier. Il considérait donc ne pas avoir violé la clause, cette dernière interdisant, selon lui, uniquement l'utilisation d'une enseigne concurrente et des signes de ralliement au réseau concurrent. La Cour d'appel précise alors que « la clause de non-réaffiliation imposée en cas de cessation de la franchise, claire et précise, ne souffre aucune interprétation ; que les deux interdictions, indépendantes l'une de l'autre, sont cumulatives et que retenir le contraire ajoute au texte des restrictions qu'il ne comporte pas » (189).

Si les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence se distinguent dans leur définition, cette distinction demeure assez théorique puisqu'elles sont soumises au même régime.

(183) Cass. com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 08-10991.

(184) V., pour un mécanisme ayant un effet proche de celui de la clause de non-concurrence, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 juillet 2000, pourvoi n° 98-21671, Bull. civ. III, n° 139, Juris-Data n° 2000-002876 : le franchiseur était également le bailleur du franchisé. Une clause du bail imposait au franchisé d'exercer son activité sous l'enseigne du réseau pendant toute la durée du bail. Le contrat de franchise est résilié. La clause précitée du bail est annulée : les conventions étant liées, la Cour d'appel [CA Caen, 8 septembre 1998, Juris-Data n° 1998-049662] en a justement déduit que « l'enseigne étant unique, l'obligation imposée au preneur d'exercer son activité sous telle enseigne précise ne lui permettait pas de faire valoir son droit à déspecialisation partielle, par adjonction d'activités connexes ou complémentaires ».

(185) Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 07-11313, inédit.

(186) V. pour des illustrations de clauses combinant une obligation de non-concurrence et une obligation de non-affiliation : CA Lyon, 31 janvier 2008, RG n° 06/00187 ; 15 novembre 2007, RG n° 05/07814 ; 15 novembre 2007, RG n° 06/01059 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/07685 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/07688 ; 8 novembre 2007, RG n° 05/06933.

(187) V., pour un arrêt s'attachant à différencier les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation : CA Versailles, 31 janvier 2007, RG n° 06/7909 : la Cour précise que « la clause de non-réaffiliation présente un caractère spécifique qui la différencie de la clause de non-concurrence en ce qu'elle ne vise pas à interdire au franchisé d'exercer toute activité pendant une durée déterminée et dans un espace donné mais préserve au contraire la possibilité pour celui-ci de maintenir son activité sans le recours à une enseigne de renommée concurrente dans une limite de temps et d'espace ».

(188) Cass. com., 20 mai 2008, pourvoi n° 06-19234.

(189) CA Angers, 17 juin 2008, RG n°s 07/02547 et 07/02209, Juris-Data n°s 2008-369900 et 2008-369035.

## β) Les conditions de validité des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence

Sept décisions commentées : Cass. com., 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-14901) ; CA Paris, 21 janvier 2009 (RG n° 06/11392) ; CA Caen, 15 janvier 2009 (RG n° 07/03687), TGI Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 08/07021) ; Cass. com., 8 juillet 2008 (pourvoi n° 07-20385) ; CA Angers, 17 juin 2008 (RG n°s 07/005989 et 07/02209)

**284** La clause de non-concurrence, si elle affecte le commerce intra-communautaire, entre dans le champ d'application de l'article 81 du Traité CE ; elle peut bénéficier du régime d'exemption prévu à l'article 2 du règlement d'exemption de 1999 (190).

Néanmoins, une telle clause bénéficie de l'exemption si elle :

— « concerne des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels et,

— est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat et,

— est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur,

— à condition que la durée d'une telle obligation de non-concurrence soit limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord ».

**285** En droit interne, la validité des clauses de non-concurrence est appréciée au regard à la fois du droit commun des contrats et du droit de la concurrence (191). Les conditions de validité issues du droit de la concurrence, bien qu'ayant une source distincte (192), sont similaires à celles issues du droit commun.

Trois conditions doivent ainsi être réunies pour que la clause de non-concurrence soit valable. En premier lieu, la restriction d'activité doit être limitée quant au type d'activité concerné. En deuxième lieu, la clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace (193). Enfin, la restriction de concurrence doit être proportionnée aux intérêts légitimes du créancier de l'obligation, au regard de l'objet du contrat. Cette dernière condition se décompose en deux propositions bien distinctes : pour être valable, une telle clause doit, d'une part, tendre à la

protection des « intérêts légitimes » de son bénéficiaire (critère de nécessité) — en l'espèce le franchiseur — et, d'autre part, produire une restriction de concurrence qui soit « proportionnée » aux intérêts légitimes à protéger (194) (critère de proportionnalité).

En revanche, ni la jurisprudence (195), ni le législateur (196) n'ont imposé, comme c'est le cas en droit du travail (197), l'existence d'une contrepartie financière comme condition de validité de l'engagement de non-concurrence. Il a d'ailleurs été rappelé que cette contrepartie financière n'est pas nécessaire, dans la mesure où le franchisé n'est pas un salarié mais un commerçant indépendant (198).

La chambre commerciale de la Cour de cassation, au visa du règlement d'exemption de 1999, a considéré que le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 5 b) du règlement n° 2790/1999 en faveur des clauses de non-concurrence post-contractuelles est réservé exclusivement aux clauses limitées à une durée d'un an, portant sur les locaux et terrains à partir desquels celui qui l'a souscrite a opéré pendant la durée du contrat et qui sont indispensables à la protection du savoir-faire qui lui a été transféré par son cocontractant (199). En l'espèce, la décision de la Cour d'appel est cassée pour avoir déclaré la clause de non-concurrence valide.

**286** En ce qui concerne la clause de non-réaffiliation, la Cour d'appel d'Angers, dans deux décisions rendues le 17 juin 2008 (200), a eu l'occasion d'en rappeler les conditions de validité. En l'espèce, le contrat précisait qu'en cas de résiliation le franchisé s'obligeait :

— « à ne pas utiliser durant une période d'une année, toute enseigne concurrente existante qui pourrait lui être proposée par un tiers (...) et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à cette enseigne » ;

— « en cas de cession de son fonds de commerce ou de toute autre modification de l'*intuitu personae*, le franchisé s'oblige à interdire à tout successeur l'utilisation d'une enseigne concurrente qui pourrait lui être proposée par un tiers pendant une durée d'un an ».

Le franchisé dénonçait ladite clause aux motifs que celle-ci ne remplissait pas, selon lui, les conditions d'exemption du règlement CE

---

[190] Une précision terminologique doit être apportée : telle qu'elle est entendue dans le présent paragraphe, la clause de non-concurrence figure dans ledit règlement d'exemption sous l'expression « toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services » ; il faut rappeler qu'au sens du règlement d'exemption, le terme « obligation de non-concurrence » désigne l'obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif (c'est-à-dire une obligation d'approvisionnement supérieur à 80 % des achats).

[191] Dans la mesure où les conditions d'application de ce dernier droit sont remplies.

[192] C. com., art. L. 420-1.

[193] TGI Paris, 24 septembre 2008, RG n° 08/07021.

[194] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 1999, Juris-Data n° 1999-001924.

[195] Cass. com., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-15137 : alors que le débiteur de l'obligation de non-concurrence prétendait que la clause litigieuse était nulle, faute de prévoir de contrepartie financière à ladite obligation, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir considéré que la clause était valable, celle-ci répondant aux conditions de validité applicables en la matière.

[196] Il avait été proposé lors des débats parlementaires sur le projet de loi de modernisation de l'économie d'ajouter un amendement qui aurait eu pour effet d'obliger le franchiseur à verser à son franchisé, en fin de contrat par une clause de non-concurrence ou de non-affiliation, une indemnité d'un montant au moins équivalent à la perte d'exploitation engendrée par la mise en œuvre de cette clause. Cet amendement a été rejeté par l'Assemblée nationale.

[197] Cass. soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-45387 ; 4 octobre 2007, pourvoi n° 06-41975 ; 4 juin 2008, pourvoi n° 04-40609.

[198] CA Paris, 21 janvier 2009, RG n° 06/11392.

[199] Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-14301.

[200] CA Angers, 17 juin 2008, RG n°s 07/02547 et 07/02209 et Juris-Data n°s 2008-369900 et 2008-369035.

du 22 décembre 1999 dans la mesure où elle n'apparaissait pas indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur. La Cour d'appel considère que le savoir-faire étant l'essence même de la franchise, la clause de non-réaffiliation apparaît comme étant le seul moyen d'assurer la protection de ce savoir-faire pour empêcher que des éléments confidentiels ne profitent à un autre réseau sur le territoire où il a exploité la franchise. Qu'ainsi, la clause respectant les conditions de limitation dans le temps et dans l'espace, apparaît indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur. Elle est donc proportionnée aux intérêts à protéger et ne méconnaît pas en conséquence la réglementation communautaire de la concurrence. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que le règlement d'exemption se limite à établir les conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction et, par conséquent, à la nullité de plein droit prévue par l'article 81, § 2 du Traité CE (201).

**287** À l'inverse, la Cour de cassation a déjà pu approuver une cour d'appel d'avoir écarté une clause de non-concurrence en raison de son caractère disproportionné aux intérêts légitimes du franchiseur (202).

On rappellera par ailleurs que la clause de non-concurrence répond principalement à deux intérêts du franchiseur : la protection de la clientèle à son profit et celle du savoir-faire ou de l'identité et de la réputation du réseau. Par conséquent, l'existence et la transmission du savoir-faire, conditions de validité du contrat de franchise, sont donc également une condition de validité de la clause de non-concurrence (203).

Enfin, une clause de non-réaffiliation qui, en réalité dissimulerait une clause de non-concurrence ne saurait être valable dans la mesure où, même si elle répond aux exigences de limitation dans le temps et dans l'espace, elle ne tend pas à la protection d'un savoir-faire substantiel, identifié et secret propre au franchiseur (204). En l'espèce, la clause litigieuse n'avait en réalité pour but que de dissuader le franchisé de résilier le contrat par anticipation et de rendre plus difficile la pénétration du marché par les enseignes concurrentes. La Cour d'appel, considérant que la clause litigieuse portait une atteinte illégitime au libre jeu de la concurrence, l'a déclarée nulle.

## b) La mise en œuvre des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation

Deux décisions commentées : TC Rouen, 11 juillet 2008 (RG n° 07/008620) et Cass. com., 8 juillet 2008 (pourvoi n° 07-20385)

**288** Si les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation sont soumises à certaines conditions quant à leur validité, les modalités de leur mise en œuvre sont laissées à la liberté des parties. Outre les stipulations nécessaires à la validité de la clause — c'est-à-dire l'indication de l'activité, de la durée et du territoire concernés —, les parties préciseront les conditions dans lesquelles la clause sera appliquée en pratique.

Ainsi, les parties peuvent valablement prévoir que le non-respect de la clause sera sanctionné par une clause pénale (205). Le contrat peut prévoir que l'applicabilité de la clause dépend de la cause d'extinction des relations contractuelles. Par exemple, la stipulation prévoyant que la clause ne sera applicable si le contrat a été résilié aux torts du franchisé est évidemment la plus courante (206) tout comme celle prévoyant qu'elle le sera quelle que soit l'origine de la cessation des relations contractuelles (207). Dans ce cas, le franchisé sera débiteur de l'obligation de non-concurrence en dépit du fait que la résiliation est due aux manquements contractuels du franchiseur (208).

Enfin, dans un jugement rendu par le Tribunal de commerce de Rouen (209), il a été jugé que la clause de non-concurrence ne saurait être mise en œuvre dès lors que le franchisé a été placé en liquidation judiciaire ; en effet, ce dernier n'ayant plus d'activité, la clause de non-concurrence est dépourvue d'effet.

**289** La clause de non-concurrence imposant à son débiteur une obligation de ne pas faire, il est important de prêter une attention particulière à sa rédaction et ce, d'autant plus qu'elle est d'interprétation stricte. Par exemple, une clause prévoyant qu'« en cas de cessation du présent contrat (...) le franchisé s'oblige (...) à ne pas utiliser directement ou indirectement, (...) durant une période d'une année, toute enseigne concurrente existante qui pourrait lui être proposé par un tiers, (...) et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à cette enseigne » a été interprétée comme interdisant à l'ancien franchisé, d'une part, d'utiliser une enseigne concurrente et, d'autre part, d'offrir à la vente des produits

(201) Cass. com., 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-20385, inédit.

(202) Cass. com., 18 décembre 2007, pourvois n°s 05-21441 et 06-10381.

(203) Cf. sur cette question, notamment : Cass. com., 10 janvier 2008, pourvoi n° 07-13558 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 10 janvier 2008, pourvoi n° 07-13558 ; CA Lyon, 31 janvier 2008, RG n° 06/00187.

(204) CA Caen, 15 janvier 2009, RG n° 07/03687.

(205) CA Paris, 20 juin 2007, RG n° 05/04931.

(206) CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/06933 ; 15 novembre 2007, RG n° 05/07814 ; 15 novembre 2007, RG n° 06/01059 ; 31 janvier 2008, RG n° 06/00187.

(207) CA Rennes, 22 janvier 2008, RG n° 07/05074.

(208) V. pour une telle hypothèse CA Aix-en-Provence, 24 septembre 1998, Juris-Data n° 1998-046926 : en l'espèce, le franchisé a violé l'obligation de non-concurrence et est condamné à payer des dommages et intérêts au franchiseur, en application de la clause pénale modérée.

(209) TC Rouen, 11 juillet 2008, RG n° 07/008620.

de marque liées à cette enseigne, soit l'enseigne concurrente dont l'usage est prohibé.

**290** Concernant la clause de non-réaffiliation, il convient également de veiller à sa rédaction. On évoquera, à ce sujet, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 juillet 2008. En l'espèce un contrat de franchise avait été conclu aux termes duquel était stipulée une clause de non-réaffiliation. Le franchisé résilie le contrat de franchise et par la même occasion le contrat de location-gérance permettant l'exploitation du point de vente. Peu de temps après, le franchiseur constate que l'ancien franchisé exploite au même endroit un fonds de commerce sous une enseigne concurrente. Il demande alors à ce que soit prononcée la violation de la clause de non-réaffiliation et à ce que l'ancien franchisé soit astreint à mettre fin à l'exploitation de l'activité litigieuse. Néanmoins, en réalité, le fonds de commerce n'était pas exploité par l'ancien franchisé lui-même mais par une société dont il était associé. La Cour d'appel considère toutefois qu'en procédant ainsi, il continue d'exploiter indirectement et par personne interposée le fonds de commerce incriminé, et qu'en conséquence, la clause de non-réaffiliation devait être mise en œuvre. Toutefois, la Cour de cassation infirme l'arrêt d'appel au visa de l'article 1134 et juge que la clause n'a pas à être mise en œuvre dans la mesure où il n'est pas clairement démontré en l'espèce, que l'ancien franchisé exploite directement ou indirectement le fonds de commerce (210). La Cour de cassation rappelle ainsi un principe du droit des sociétés, à savoir que la personnalité juridique de la société fait écran. C'est pourquoi le débiteur de l'obligation de non-réaffiliation ne saurait être mis en cause dès lors que c'est une société — dont il est associé — qui exploite le fonds de commerce sous une enseigne concurrente. Si la solution est juridiquement juste, elle se révèle néanmoins inéquitable en pratique.

### c) Les sanctions de la violation de la clause de non-concurrence et de non-réaffiliation

Six décisions commentées : Cass. com., 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-16168) ; CA Nîmes, 9 octobre 2008 (RG n° 06/02379, Juris-Data

n° 2008-007474) ; CA Paris, 2 octobre 2008 (RG n° 05/21289) ; CA Angers, 17 juin 2008 (RG n°s 07/005989 et 07/02209) et Cass. com., 3 juin 2008 (pourvoi n° 07-11313)

**291** Le débiteur de la clause de non-concurrence, qui viole son engagement, engage sa responsabilité contractuelle (α). Si la violation n'a pas cessé au jour de la décision, la juridiction saisie peut enjoindre à l'ancien franchisé d'y mettre fin, le cas échéant sous astreinte (β).

#### a) La responsabilité contractuelle

**292** L'obligation de non-concurrence post-contractuelle est une obligation contractuellement prévue par les parties, prenant effet à l'occasion de la fin des relations contractuelles. Il en est de même pour l'obligation de non-réaffiliation. Ainsi, la violation d'une de ces clauses sera sanctionnée sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Bien que quelques juridictions opèrent en la matière une confusion regrettable (211), la violation de l'obligation contractuelle de non-concurrence, faute contractuelle sanctionnée en tant que telle par l'application de l'article 1147 du Code civil, ne constitue pas un acte de concurrence déloyale, notion relevant de la responsabilité délictuelle, soit des articles 1382 et suivants du Code civil (212).

Le débiteur fautif de l'obligation de non-concurrence doit réparer le préjudice causé à son cocontractant (213). Pèse alors sur ce dernier la charge de la preuve de l'existence et de l'étendue de son préjudice (214), dont le montant est souverainement apprécié par les juges du fond. Le préjudice ne saurait être fixé en considération de la valeur du fonds de commerce, notamment car la clientèle du fonds appartient au franchisé (215).

**293** Par un arrêt du 3 juin 2008, la Cour de cassation réaffirme sa volonté de laisser aux juridictions du fond toute latitude pour déterminer, dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation, le montant du préjudice subi par un franchiseur en raison de la violation d'une clause de non-concurrence par l'un de ses franchisés.

---

[210] Cass. com., 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-20385, inédit.

[211] V. par exemple, CA Pau, 10 octobre 2005, Juris-Data n° 2005-291080 : l'ancien franchisé « a exercé [...] la même activité commerciale sur la même zone géographique moins de deux ans à compter de la résiliation du contrat de franchise en violation de la clause de non-rétablissement qui y était stipulée, faisant ainsi une concurrence déloyale à son ancien franchiseur » ; CA Nîmes, 27 juin 1996, Juris-Data n° 1996-030264 ; CA Paris, 10 novembre 1994, Juris-Data n° 1994-024568.

[212] Néanmoins, l'existence d'une clause de non-concurrence peut être prise en considération dans le cadre de l'appréciation du comportement d'un tiers au contrat de franchise en matière de concurrence : l'épouse d'un franchisé qui était tenu par une clause de non-concurrence commet un acte de concurrence déloyale en ouvrant un cabinet ayant la même activité que le réseau juste après la rupture du contrat par son mari (CA Toulouse, 24 octobre 1991, Juris-Data n° 1991-046765). V. au contraire pour une hypothèse où l'ouverture d'un établissement par l'époux de la franchisée tenue par une clause de non-concurrence n'est pas jugée fautive : CA Paris, 6 octobre 1986, Juris-Data n° 1986-026884. Par ailleurs, lorsque la clause de non-concurrence est nulle, l'action en concurrence déloyale reste ouverte (v. en matière de contrat de travail, Cass. soc., 28 janvier 2005, pourvoi n° 02-47527, Bull. civ. V, n° 36).

[213] V. par exemple, CA Lyon, 31 janvier 2008, RG n° 06-00187 ; 15 novembre 2007 (deux arrêts), RG n°s 06/01059 et 05/07814 ; 8 novembre 2007, RG n°s 05/07685, 05/07688 et 05/06933 (trois arrêts) ; 22 mars 2007, Juris-Data n° 2007-332144 ; 11 février 2000, Juris-Data n° 2000-151453 ; CA Paris, 26 novembre 1999, Juris-Data n° 1999-117904 ; 26 juin 1997, Juris-Data n° 1997-021609 ; CA Lyon, 9 septembre 1994, Juris-Data n° 1994-049647 ; CA Paris, 12 janvier 1994, Juris-Data n° 1994-020468 ; CA Montpellier, 18 mars 1993, Juris-Data n° 1993-034026 ; CA Paris, 4 mars 1991, Juris-Data n° 1991-021270 ; 4 mars 1991, Juris-Data n° 1991-020964 ; 3 octobre 1989, Juris-Data n° 1989-024552 ; 6 mars 1987, Juris-Data n° 1987-022226 ; CA Versailles, 30 janvier 2007, RG n° 05/354. V. également, pour la violation de l'obligation de non-concurrence au travers d'une cession de fonds de commerce déguisée, CA Paris, 30 avril 1987, Juris-Data n° 1987-025107. V. cependant pour une hypothèse où le comportement du franchiseur qui a notamment poursuivi les livraisons après la rupture du contrat — est tel que la juridiction considère qu'il a renoncé à se prévaloir de la clause de non-concurrence : CA Paris, 28 novembre 1994, Juris-Data n° 1994-024885.

[214] V. pour une hypothèse où les dommages et intérêts ont été limités à un euro symbolique, faute pour le franchiseur d'avoir établi l'ampleur de son préjudice, CA Paris, 23 novembre 2006, Juris-Data n° 2006-339929.

[215] CA Lyon, 8 novembre 2007, RG n° 05/06933.

En l'espèce, un franchisé avait assigné son franchiseur en annulation du contrat de franchise pour vice du consentement, après l'avoir dénoncé en raison des manquements de son franchisé à ses obligations ; reconventionnellement ce dernier avait sollicité l'octroi à son profit de dommages et intérêts pour violation des obligations de non-concurrence stipulées au contrat. L'arrêt attaqué avait limité l'indemnisation du préjudice résultant de la violation des obligations contractuelles de non-concurrence par le franchisé, à un euro symbolique, après avoir souligné que le franchiseur n'avait apporté aucun élément à l'appui de sa demande d'indemnisation. Le franchiseur a formé un pourvoi en cassation au motif que « l'inexécution d'une obligation de faire se résout en dommages-intérêts » et que « le juge qui constate l'existence d'un préjudice est tenu de l'évaluer ». Il avançait qu'en refusant d'évaluer le montant du dommage et en lui allouant la somme symbolique d'un euro, la Cour d'appel avait violé les articles 4, 1142, 1147 et 1149 du Code civil. Par une formule lapidaire, l'arrêt rejette sèchement le pourvoi dès lors que « la Cour d'appel a justifié l'indemnisation du préjudice par l'appréciation souveraine qu'elle en a faite » (216).

**294** Cette décision appelle quatre séries d'observations :

- l'indemnisation consécutive à la violation de la clause de non-concurrence implique tout d'abord que cette clause et le contrat de franchise qui la contient soient valables, ce qui explique sans doute qu'en l'espèce les franchisés aient recherché l'annulation du contrat ;
- il appartient ensuite au créancier de la clause de non-concurrence d'établir la réalité et l'ampleur du préjudice qu'il a subi ;
- dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, le juge du fond peut déterminer ce préjudice en fonction du comportement des parties ;
- l'évaluation de ce préjudice peut justifier la désignation d'un expert (217).

Cette décision a été confirmée par deux arrêts rendus par la Cour d'appel d'Angers le 17 juin 2008 (218), dans lesquels il a été jugé que le franchiseur, ne justifiant pas dans ses conclusions l'étendue du préjudice qu'il invoque, il appartient aux juridictions du fond d'en déterminer le montant.

Il convient également d'attirer l'attention sur un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 2 octobre 2008 (219). Dans cette affaire, le capital de la société franchisée avait été acquis par deux concurrents du franchiseur. Le franchisé avait alors déposé l'enseigne du franchiseur pour la remplacer par celle d'un de ses concurrents. Le franchiseur agit donc en responsabilité à l'encontre de son ancien

franchisé, celui-ci ayant violé son obligation de non-concurrence. Le franchiseur est également déclaré recevable à engager la responsabilité délictuelle du cessionnaire du franchisé dans la mesure où, ayant connaissance de la clause de non-concurrence figurant dans le contrat de franchise, il s'est rendu complice de sa violation en procédant à l'acquisition du capital de la société franchisée. Il est ainsi condamné *in solidum* avec le franchisé à réparer le préjudice causé de ce chef.

La Cour de cassation a adopté une solution inverse dans un arrêt rendu le 9 juin 2009 (220) : en effet, en l'espèce, il n'était pas démontré que la société cessionnaire avait connaissance de la clause de non-concurrence figurant au sein du contrat de franchise.

En revanche, n'engage pas sa responsabilité le franchisé qui continue d'exercer, dans le même centre commercial, une activité concurrente de celle de son ancien franchiseur dès lors que la clause de non-concurrence est expirée (221).

### β) La cessation de la violation

**295** Le franchiseur qui constate la violation par le franchisé de son obligation de non-réaffiliation peut, saisir le juge des référés afin que ce dernier prononce à l'encontre du franchisé l'interdiction pour lui d'utiliser l'enseigne en question, jusqu'à ce que le juge du fond, parallèlement saisi, se prononce sur le bien fondé de la résiliation du contrat de franchise considéré.

**296** Pour que le juge des référés prononce une telle interdiction, le franchiseur doit démontrer que la violation par le franchisé de son obligation de non-réaffiliation est constitutive d'un dommage imminent qui lui cause un préjudice. Le juge, pour procéder à l'analyse de la situation litigieuse en cause, ne peut se livrer à une appréciation trop compliquée des droits et obligations des parties au risque d'outrepasser ses pouvoirs (222). C'est la raison pour laquelle, il se contentera souvent de caractériser le trouble manifestement illicite. Cette problématique incite certains plaideurs à compliquer le débat afin que le juge des référés se déclare incompétent : dans la plupart des cas, ils invoquent la nullité de la clause de non-affiliation ou les difficultés liées à son interprétation en particulier lorsque le contrat fait partie d'un ensemble contractuel. L'actualité jurisprudentielle fournit des illustrations de ces deux types d'arguments.

(216) Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 07-11313.

(217) Cass. com., 9 octobre 2007, Juris-Data n° 2007-040801.

(218) CA Angers, 17 juin 2008, RG n° 07/02547 ; Juris-Data n° 2008-009936 et RG n° 07/02209 ; Juris-Data n° 2008-369035.

(219) CA Paris, 2 octobre 2008, RG n°05/21289 ; Juris-Data n° 2008-374078.

(220) Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-16168.

(221) CA Nîmes, 9 octobre 2008, RG n° 06/02379 ; Juris-Data n° 2008-007474.

(222) CA Versailles, 31 janvier 2007, RG n° 06/7909.

**297** Par ailleurs, la jurisprudence a pu considérer comme illicite une clause de non-concurrence aux motifs que l'avantage économique apporté par le franchiseur en raison de l'originalité de son savoir-faire n'était pas établi avec certitude (223).

**298** La position adoptée par la Haute juridiction sur l'argument tiré de l'ensemble contractuel est plus tranchée. En effet, la Cour de cassation a pu censurer des cours d'appel qui, pour dire non établi l'existence d'un trouble manifestement illicite occasionnée au franchiseur au titre de la rupture avant terme du contrat de franchise et de l'apposition immédiate d'une enseigne concurrente, avaient

retenu que les contrats de franchise en cause étaient inscrits dans un ensemble contractuel plus complexe, qui formait un tout indissociable. La Cour de cassation a considéré qu'en statuant ainsi, après avoir relevé la suppression brutale de l'enseigne (du franchiseur) et la commercialisation de produits concurrents, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 873 du Code de procédure civile (224). Elle a ainsi marqué un coup d'arrêt à la tentation de ceux qui voient dans l'existence d'un ensemble contractuel, la possibilité d'empêcher l'exercice de ses pouvoirs par le juge des référés.

*(223) Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 10 janvier 2008, pourvoi n° 07-13558. En l'espèce, la Haute juridiction a-t-elle approuvé les juges du fond d'avoir refusé le prononcé de la dépose de l'enseigne concurrente dans le cadre d'une procédure de référé au motif que le trouble manifestement illicite n'était pas établi avec certitude. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation refuse alors d'exercer un contrôle sur l'appréciation que le juge des référés porte quant à la validité de la clause de « non-affiliation » par conclure à l'absence de trouble manifestement illicite. Cette décision est surprenante car elle s'inscrit en marge d'un courant jurisprudentiel bien établi, ayant posé le principe de présomption de validité des contrats — principe selon lequel le contrat doit être exécuté jusqu'à ce qu'il ait été considéré nul par le juge du fond — interdisant en cela au juge des référés d'exciper de la nullité possible de telle clause du contrat pour écarter l'existence du trouble manifestement illicite prévue à l'article 873 du Code de procédure civile (Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 15 juin 2004, Bull. civ. I, n° 172). Se dessine ainsi une divergence entre les positions de la première et de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.*

*(224) Cass. com., 8 avril 2008, pourvoi n° 06-16732 ; 23 octobre 2007, pourvois n°s 06-16733 et 06-16734.*

# Petites affiches

La Loi • Le Quotidien Juridique

**RECEVEZ LE JOURNAL**

- > **5 FOIS PAR SEMAINE**
- la doctrine, les notes et les chroniques rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- l'actualité professionnelle et législative,
- les informations légales pour suivre la vie juridique des sociétés,
- > les numéros spéciaux
- > les dossiers de l'Europe

**RECHERCHEZ SUR LE CO-ROM ANNUEL**

- Accédez instantanément à l'ensemble du rédactionnel des Petites Affiches publié depuis 1997 de chez vous, lors de vos déplacements, sans connexion internet.
- Un mode de recherche "full-text" et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.

**CONSULTEZ LES ARCHIVES EN LIGNE** sur [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr) **lextenso.fr**

- Menez vos recherches par mot-clé, date ou auteur directement en ligne, en bénéficiant d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.
- Accédez sans limite à l'ensemble des archives des Petites Affiches depuis 1995 et consultez les résultats de vos recherches dans nos 8 bases partenaires de référence :

> Gazette du Palais	> Bulletin Joly Sociétés
> Bulletin Joly Bourse	> Revue Générale du Droit des Assurances
> Revue des Contrats	> Revue du Droit public
> Répertoire Defrénois	> Cahiers Sociaux du Barreau de Paris

**Petites Affiches - Service Diffusion**  
2, rue Montesquieu 75041 Paris CEDEX 01  
TÉL. : 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91  
Email : [diffusion@petites-affiches.com](mailto:diffusion@petites-affiches.com)

195413 - 05/2009

## LA CIRCULATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

**299** Il n'existe pas de réglementation générale à la cession du contrat. Aussi, un premier courant doctrinal a considéré que les modalités de cession d'un contrat étaient déterminées par le fait que le contrat soit, ou non, conclu *intuitu personae*. Ainsi, la circulation des contrats *intuitu personae* aurait exigé l'accord du cédé alors que celle des autres contrats se serait effectuée librement. Cette position fut rejetée par la Haute juridiction : en effet, par deux arrêts de principe (1), la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que le cédé doit toujours donner son consentement à la cession (2), soit lors de la formation du contrat, soit ultérieurement. En pratique, comme le démontrent les décisions objets de la présente étude, les modalités encadrant la cession du contrat de franchise diffèrent selon que la cession entraîne substitution du franchiseur (I) ou substitution du franchisé (II).

### I. La cession du contrat de franchise et la substitution de franchiseur

Deux décisions commentées : CA Paris, 25 mars 2009 (RG n° 07/02560 ; Juris-Data n° 2009-377048) ; TGI Paris, 24 septembre 2008 (n° 08/07021, inédit)

**300** Classiquement, la substitution de franchiseur résulte d'une cession pure et simple du contrat de franchise (A) ; elle peut également, comme l'illustre l'actualité jurisprudentielle, découler d'une opération de restructuration, emportant transmission de patrimoine (B).

#### A. La substitution résultant de la cession pure et simple du contrat de franchise

**301** Les modalités encadrant la cession des contrats de franchise diffèrent selon que les parties ont envisagé la cession du contrat de franchise lors de la conclusion du contrat (1.) ou qu'elles ne l'ont pas prévue à l'origine (2.).

#### 1. Les conditions encadrant la cession du contrat de franchise en présence d'une acceptation *ab initio*

**302** Le franchiseur peut insérer dans le contrat de franchise une clause lui permettant de céder librement les contrats de franchise (3). Par cette clause, les franchisés doivent consentir dès l'origine — *ab initio* — à la cession de leur contrat par le franchiseur. La

jurisprudence a, en matière de clause autorisant la cession *ab initio*, une interprétation extensive. Ainsi, la clause stipulée dans un contrat d'achat exclusif prévoyant que le débitant de boissons s'engageait à s'approvisionner auprès du brasseur ou de tout autre entrepositaire qu'il désignerait, a été interprétée comme une autorisation implicite donnée par le distributeur à la cession de cette convention à un autre entrepositaire. La prudence recommande néanmoins d'insérer dans le contrat une clause claire ne prêtant pas à interprétation.

Il est utile également que la clause précise les modalités suivant lesquelles les franchisés seront informés de la cession de leur contrat de franchise ainsi que de l'identité du nouveau franchiseur.

**303** Le contrat peut aussi renfermer une clause de cession sous condition d'agrément, le franchisé conservant le droit d'accepter ou de refuser la personne du cessionnaire qui lui sera proposée par le franchiseur. Il convient alors de veiller à ce que le « pouvoir » ainsi accordé aux franchisés ne soit pas totalement discrétionnaire : il est recommandé que la clause énonce, limitativement, les motifs pouvant valablement justifier un refus d'agrément, telle que par exemple une inexpérience du cessionnaire dans la franchise et/ou dans l'activité spécifique du réseau concerné.

Une telle clause devra fixer les modalités d'expression de la décision du franchisé : conditions de la communication des informations relatives au cessionnaire pressenti, délai dans lequel le franchisé devra faire connaître sa décision, expression de cette décision (il est judicieux de prévoir que le silence du franchisé vaudra acceptation).

#### 2. Les conditions encadrant la cession du contrat de franchise en l'absence de clause autorisant la cession *ab initio*

**304** En l'absence de clause autorisant dès l'origine la cession du contrat de franchise, le franchiseur devra s'en tenir aux règles édictées par la jurisprudence et donc recueillir l'autorisation du franchisé à la cession (4).

L'acceptation de la cession par le franchisé peut être expresse ou tacite (5). Ainsi, l'acceptation du franchisé peut résulter de l'exécution du contrat postérieurement à la connaissance de la réalisation de l'opération de cession, par exemple par les paiements effectués entre les mains du cessionnaire (6).

(1) Cass. com., 6 mai 1997, pourvoi n° 94-16335, Bull. civ. IV, n° 117, Juris-Data n° 1997-02064 ; Cass. com., 6 mai 1997, pourvoi n° 95-10252, Bull. civ. IV, n° 118, Juris-Data n° 1997-002065.

(2) Le principe souffre toutefois une exception. L'article L. 642-7 du Code de commerce (art. L. 621-88 ancien) organise la cession d'entreprise mise en redressement judiciaire et prévoit la possibilité d'une cession forcée des contrats de crédit-bail, de location ou de fournitures de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité. La jurisprudence n'est pas unanime sur la question de savoir si le contrat de franchise peut, en application de cette disposition, faire l'objet d'une cession forcée.

(3) V. par exemple, CA Paris, 28 mars 1997, Juris-Data n° 1997-021924.

(4) Il ne s'agit là que de l'application du droit commun des contrats. En effet, le droit positif ne permet pas la cession de contrat sans l'accord du cédé. Le principe a été affirmé par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 6 mai 1997 (Cass. com., 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 117) et depuis lors confirmé (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 173 ; Cass. com., 28 avril 2004, pourvoi n° 00-22354, inédit). La solution est conforme aux principes de la force obligatoire des contrats (C. civ., art. 1134, al. 1<sup>er</sup>) et de l'effet relatif des conventions (C. civ., art. 1165) : le premier fait obstacle à ce que le cédant puisse, sans l'accord du cédé, permettre à un tiers d'exécuter le contrat à sa place, tandis que le second interdit au cédé, parce qu'il est un tiers au contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire, d'être tenu par ce contrat.

(5) L'accord du franchisé cédé pourra résulter, notamment, de la poursuite du contrat de franchise après que le franchisé a eu connaissance de la cession (Cass. com., 28 avril 2004, pourvoi n° 00-22354, inédit ; 6 juillet 1999, RJDA 1999, n° 1197).

(6) TGI Paris, 24 septembre 2008, RG n° 08/07021 : le Tribunal de grande instance de Paris a considéré que le paiement effectué par le franchisé entre les mains du cessionnaire constitue une acceptation tacite du changement de franchiseur ; le contrat a donc été transféré régulièrement.

En revanche, l'acceptation du franchisé ne saurait résulter de la poursuite par le franchisé de son approvisionnement auprès de fournisseurs non agréés (7), postérieurement à la cession du contrat de franchise. De plus, la Haute juridiction a récemment énoncé dans un attendu de principe rendu au visa de l'article 1315 du Code civil que « le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait » (8).

L'acceptation du cédé à la cession permet, à elle seule, au cessionnaire de se substituer au cédant dans l'exécution du contrat initial, lequel perdure dans toute sa plénitude. Le cessionnaire doit donc poursuivre l'exécution du contrat existant ; à défaut, il engage sa responsabilité (9).

En cas de refus du franchisé à la cession, le franchiseur est maintenu dans la relation contractuelle ; il devra donc poursuivre l'exécution du contrat de franchise. À défaut, le franchisé sera enclin à en solliciter et en obtenir la résiliation aux torts du franchiseur (10). Le fait que les autres franchisés ou la majorité d'entre eux aient donné leur accord à la cession est sans incidence, ceux-ci étant tiers au contrat conclu par le franchisé réfractaire.

En pratique la situation est délicate car lorsque le franchiseur cède les contrats de franchise qu'il a conclus, il cède également dans le même temps sa structure de franchiseur ; il lui est donc particulièrement difficile par la suite de pouvoir poursuivre l'exécution des contrats des franchisés réfractaires à la cession.

Aussi, la Haute juridiction, consciente de cet état de fait, a pu considérer dans une espèce qu'il n'était pas « exigé que le franchiseur assure l'animation et le développement d'un réseau identique à celui existant avant la cession » mais qu'il restait débiteur des obligations essentielles telles que l'approvisionnement et la promotion du réseau de franchise (11).

**305** Il est possible d'introduire, dans le contrat de franchise, une clause encadrant la demande d'autorisation faite au franchisé, afin d'en faciliter la mise en œuvre : il peut être prévu les modalités dans lesquelles le franchiseur informera ses franchisés de son intention de céder ses contrats : notamment le délai dans lequel l'information interviendra, la forme de l'information (circulaire, télécopie, lettre recommandée avec avis de réception), le délai dont les franchisés disposeront pour donner ou non leur accord à la cession, etc. Sur ce dernier point, il paraît judicieux d'octroyer un délai au franchisé pour accepter ou refuser la cession et de prévoir les conséquences d'une absence de réponse du franchisé dans ledit délai, laquelle pourrait être réputée valoir acceptation de la cession envisagée, la

contractualisation de la preuve de l'acceptation de la cession par le franchisé permettant de palier une éventuelle inertie des franchisés.

## B. Le changement de franchiseur résultant d'un apport partiel d'actifs

Trois décisions commentées : CA Angers, 17 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-369900) ; Cass. com., 3 juin 2008 (pourvoi n° 06-18007, Juris-Data n° 044215) et Cass. com., 3 juin 2008 (pourvoi n° 06-13761),

### 1. Le principe de transmission universelle de patrimoine

**306** La fusion de sociétés, visée à l'article L. 236-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, peut résulter soit de la création d'une société nouvelle par plusieurs sociétés, soit de l'absorption d'une société par une autre. La scission, visée à l'article L. 236-1, alinéa 2 du Code de commerce, est l'opération par laquelle le patrimoine d'une société est partagé en plusieurs fractions simultanément transmises à plusieurs sociétés existantes ou nouvelles.

Les opérations de fusion et de scission ont pour caractéristique commune la transmission de l'ensemble des éléments d'actif et de passif composant le patrimoine d'une société au profit d'une ou plusieurs autres sociétés, qui le recueillent en tout ou partie. Ces sociétés se substituent à la société absorbée ou scindée dans tous les droits ou obligations de celle-ci. Par l'effet de ces opérations de restructuration, les contrats sont donc automatiquement transférés, sauf réserve expresse.

**307** Toutefois, à ce principe de transmission universelle du patrimoine s'ajoutent quelques exceptions : la transmission universelle ne saurait porter sur des biens qu'une disposition légale a rendu intransmissibles, ni sur des contrats qui auraient été conclus *intuitu personae*.

Il est dès lors fondamental de savoir si le contrat de franchise est conclu *intuitu personae*, tant à l'égard du franchisé que du franchiseur.

### 2. L'exception au principe de transmission universelle de patrimoine : l'*intuitu personae*

**308** Certains contrats échappent au principe de la transmission universelle du patrimoine (12), leur caractère *intuitu personae* étant consacré légalement. La question s'est posée de savoir si ces solutions pouvaient être transposées au contrat de franchise.

[7] Cass.com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Juris-Data n° 2008-044215 et pourvoi n° 06-13761, Juris-Data n° 2008-044216.

[8] En l'espèce, la Cour considère que la poursuite de l'exécution du contrat par la société absorbante, alors que l'autre partie ne contestait pas être son franchisé, ne caractérise pas à elle seule l'accord du franchisé sur la transmission de son contrat.

[9] CA Paris, 25 mars 2009, RG n° 07/02560 ; Juris-Data n° 2009-377048.

[10] Cass. com., 28 juin 2005, pourvoi n° 04-10038, inédit.

[11] Cass. com., 28 juin 2005, pourvoi n° 04-10038, inédit.

[12] L'article 1795 du Code civil relatif au contrat de louage d'ouvrage précise que ce dernier est « dissout par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur » ; l'article 2003 du même Code relatif au mandat énonce que ce contrat prend fin notamment par la mort du mandant ou du mandataire. Par ailleurs, la jurisprudence étend cette règle aux conventions d'ouverture de crédit ou de comptes courants.

En la matière, l'incertitude (13) liée au caractère réciproque ou non de l'*intuitu personae* entre le franchiseur et le franchisé rendait la détermination des modalités de la cession du contrat peu aisée. La jurisprudence demeure toujours partagée sur ce point, certaines décisions (14) considérant que le contrat de franchise ne présenterait pas de caractère *intuitu personae* envers le franchiseur, d'autres (15) affirmant au contraire que ce contrat serait réciproquement *intuitu personae*.

**309** La Cour de cassation, par deux arrêts rendus le même jour (16), s'est prononcée sur le sort du contrat de franchise lorsque la société franchiseur disparaît par suite d'une fusion-absorption ou d'un apport partiel d'actifs, même si la portée de ces décisions reste incertaine.

Dans la première espèce (17), le franchiseur ayant conclu le contrat de franchise avait ultérieurement fait l'objet d'une fusion-absorption au profit d'une autre société ; une Cour d'appel (18) avait retenu que, du fait de cette opération, la société bénéficiaire de la fusion était la continuatrice des engagements souscrits par la société absorbée, de sorte que les contrats de franchise et avenants signés par l'absorbée avaient été automatiquement transmis à l'absorbante. La Cour de cassation retient fermement qu'« en statuant ainsi, alors que le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce qu'avec l'accord du franchisé, la Cour d'appel a violé l'article 1844-4 du Code civil ».

Dans la seconde espèce (19), la Cour de cassation retient encore que « le contrat de franchise conclu en considération de la personne du franchiseur ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions » (20).

Il semblerait donc que le caractère *intuitu personae* du contrat de franchise lié à la personne du franchiseur soit consacré, et implique que l'accord du cédé doit être obtenu qu'il soit exprès ou tacite (21). Pourtant, la prudence recommande de rester vigilant : en effet, la connaissance parcellaire des faits des deux affaires ne permet pas de savoir si les deux contrats, objets des cassations, précisaient expressément que ceux-ci avaient été conclus en considération de la personne du franchiseur. Une incertitude demeure donc quant à la portée de cette jurisprudence.

Par ailleurs, s'agissant de la substitution de franchiseur du fait d'une scission, il convient de relever une décision intéressante de la Cour d'appel d'Angers (22) : en l'espèce, par l'effet d'un apport partiel d'actifs, les prestations d'approvisionnement et de franchise autrefois exercées par une seule entité ont été attribuées respectivement à deux sociétés. Or le contrat d'origine prévoyait une indivisibilité entre le contrat de franchise et le contrat d'approvisionnement. Ainsi, le franchisé, n'ayant pas renouvelé son contrat de franchise, n'entendait pas poursuivre l'exécution de son contrat d'approvisionnement. La Cour d'appel lui donne raison en considérant que « par l'effet même de la convention, la franchise est indissociable de l'approvisionnement et (...) la poursuite de l'un ne se conçoit pas sans l'autre, (...) les obligations découlant du contrat qui lie les parties étant indivisibles entre elles, la non-reconduction du contrat de franchise à son terme entraîne nécessairement celle de l'engagement d'approvisionnement exclusif auprès de la personne morale qui se trouve aux droits du franchiseur par l'effet de l'apport partiel d'actif ».

## II. La substitution de franchisé du fait de la cession du contrat et/ou de la cession de son fonds de commerce

**310** Le franchisé peut décider de céder son contrat de franchise ou bien encore son fonds de commerce. Dans les deux cas, il doit s'assurer qu'il n'est pas lié aux termes du contrat par une clause d'agrément (A) et/ou par une clause de préférence (B) au bénéfice de son franchiseur.

### A. La clause d'agrément

Une décision commentée : CA Metz, 23 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-371948)

**311** La clause d'agrément, en droit des contrats, permet au co-contractant cédé d'agréer son futur partenaire, le cessionnaire.

En matière de franchise, il est fréquent de rencontrer des clauses d'agrément aux termes desquelles le franchiseur se réserve le droit d'agréer le cessionnaire du contrat de franchise ou du fonds de commerce du

[13] Cette incertitude peut être écartée par une clause contractuelle : CA Angers, 21 janvier 2003, Juris-Data n° 2003-222223.

[14] CA Paris, 23 janvier 1992, Juris-Data n° 1992-020122 ; TC Paris, 10 avril 1996, Juris-Data n° 1996-042059 ; CA Pau, 24 janvier 1996, Juris-Data n° 1996-041922.

[15] CA Paris, 24 juin 1998, Juris-Data n° 1998-024432.

[16] Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Juris-Data n° 2008-044215 ; 3 juin 2008, pourvoi n° 06-13761, Juris-Data n° 2008-044216.

[17] Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007, Juris-Data n° 2008-044215.

[18] CA, Lyon, 3<sup>e</sup> ch., 8 juin 2006, inédit.

[19] Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-13761 ; Juris-Data n° 2008-044216.

[20] CA Rennes, 2<sup>e</sup> ch., 24 janvier 2006, inédit.

[21] CA Angers, 17 juin 2008, RG n° 07/02547 ; Juris-Data n° 2008-369900 : dans cette espèce, les activités de franchise et d'approvisionnement d'une société avaient été scindées entre deux sociétés ; la Cour d'appel retient « qu'en poursuivant l'exécution du contrat plusieurs années après avoir été informé des transferts en 2002 et en se fournissant auprès de la société (...) à laquelle elle a réglé les factures, le franchisé a de fait consenti à la transmission du contrat de franchise et d'approvisionnement aux sociétés (...) et (...) ».

[22] CA Angers, 17 juin 2008, RG n° 07/02547 ; Juris-Data n° 2008-369900.

franchisé (23). La clause s'applique également aux opérations d'apport partiel d'actifs telles que les fusions-absorptions (24), et aux modifications du capital social de la société franchisée (25).

La jurisprudence reconnaît la validité de la clause d'agrément, qui n'est pas selon elle une restriction à la concurrence mais qui constitue une modalité d'application de l'*intuitu personae* propre au contrat de franchise (26).

**312** Il est important d'expliciter, dans le contrat, l'intérêt d'une telle limitation de la liberté de la société franchisée ; elle pourrait être causée par la notion d'*intuitu personae* ou par la volonté légitime du franchiseur de protéger son savoir-faire.

Si le franchiseur accepte d'agréer le candidat, le contrat de franchise lui est transmis et il se substitue au cédant dans le rapport contractuel. C'est le même contrat qui se poursuit, et le franchiseur n'est donc pas tenu de délivrer le document d'information précontractuelle prévu par les articles L. 330-3 et R. 330-1 et suivants du Code de commerce (27) ; la jurisprudence n'exige le respect des prescriptions légales que dans l'hypothèse de la conclusion d'un nouveau contrat, qu'il résulte de la signature d'un nouvel acte ou de l'effet produit par la tacite reconduction du premier (28). En revanche, il

incombe au franchisé cédant de donner au cessionnaire les informations suffisantes pour qu'il contracte en connaissance de cause et, pour ce faire, de se conformer aux exigences de l'article L. 330-3 du Code de commerce (29). Le nouveau franchisé ne peut donc pas se prévaloir de l'inobservation de l'article L. 330-3 du Code de commerce dès lors qu'il a été averti, à l'occasion des négociations ayant précédé l'acquisition du fonds, de l'existence de la franchise, de ses modalités d'exécution et de ses résultats (30). La solution est différente si le franchiseur a préféré conclure un nouveau contrat de franchise avec le cessionnaire (31).

La jurisprudence a eu à s'interroger sur les modalités du refus d'agrément opposé par le franchiseur au franchisé. La question soulevée faisait écho au mouvement favorable à la motivation ayant vu le jour en droit des contrats.

La Cour de cassation a toutefois considéré que le refus d'agrément étant un droit discrétionnaire, il n'a pas à être motivé, sauf si le contrat impose une telle motivation (32).

En toute hypothèse, le refus d'agrément ne saurait faire échec au droit commun ; ainsi, le droit de refuser l'agrément trouve sa limite dans l'abus de droit (33). Si les motifs n'ont pas à être exposés *a*

---

[23] Il est également possible que le contrat de franchise contienne une clause prévoyant expressément que le contrat est conclu en considération de la personne du franchisé. Il a ainsi été jugé que, dans le cas où un contrat de franchise stipulerait une telle clause ainsi que la nécessité de conclure un nouveau contrat en cas de cession de son fonds de commerce par le franchisé, le fait pour le franchiseur d'accepter tacitement que le nouveau franchisé poursuive l'exécution du contrat ne peut s'analyser en la conclusion d'un nouveau contrat au nom de celui-ci mais en une délégation imparfaite qui ne libère pas le franchisé initial de ses obligations (CA Paris, 23 mars 1993, *Juris-Data* n° 1993-021780).

[24] Cass. com., 13 décembre 2005, pourvoi n° 03-16878 : en l'espèce, un concessionnaire de véhicules automobiles avait conclu un contrat de distribution avec une société exploitant un garage. Le caractère « intuitu personae » du contrat était expressément envisagé. Le contrat stipulait en outre que les droits et obligations du revendeur n'étaient « pas cessibles ou transférables que ce soit totalement ou partiellement, sans accord préalable et écrit du concessionnaire ». La société exploitant le garage a ensuite été absorbée dans le cadre d'une fusion sans que le concessionnaire en ait été avisé. Ce dernier a donc résilié le contrat de vente automobile. La société absorbante a alors intenté une action en réparation du préjudice causé par la rupture du contrat de distribution en se fondant sur la non-application de la clause d'agrément, qui n'envisageait pas le cas d'une fusion emportant transmission universelle du patrimoine. La Haute juridiction a rejeté les prétentions de la société absorbante, considérant que si la fusion emportait transmission universelle du patrimoine de la société absorbante, les stipulations du contrat faisaient obstacle à sa transmission, faute d'accord exprès du concessionnaire.

[25] Cass. com., 15 janvier 1991, *Juris-Data* n° 1991-000184 : en l'espèce, le contrat de franchise contenait une clause qui soumettait la cession dudit contrat à l'agrément du franchiseur. Or, la société franchisée cède 95 % de ses actions à une société concurrente sans en avertir le franchiseur. Ce dernier demande alors la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé. La Cour d'appel accueille sa demande aux motifs que la prise de contrôle de la société franchisée par un groupe concurrent du franchiseur constitue une « cause légitime » de résiliation du contrat de franchise. Le franchisé forme alors un pourvoi en cassation qui est rejeté. La Cour de cassation énonce que les contrats de franchise qui avaient été conclus subordonnaient la réalisation par le franchisé de certaines opérations juridiques, telle la cession du contrat de franchise, à l'accord préalable du franchiseur et que, même s'il n'était pas précisé que la cession d'actions de la société franchisée à un tiers était soumise à agrément, dans la mesure où la cession avait pour conséquence une prise de contrôle de la société franchisée et que le cessionnaire était un concurrent du franchiseur, ce dernier était justifié à prononcer la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé. Cette décision a également été reprise par le Tribunal de commerce de Paris le 25 janvier 1995 (TC Paris, 25 janvier 1995, *Juris-Data* n° 1995-041853).

[26] CA Paris, 21 septembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-294284 : la Cour d'appel de Paris a en effet eu à connaître de la validité d'une clause d'agrément portant sur la cession de son fonds de commerce par le franchisé. Elle retient que le franchisé se fondait à tort sur « l'article 85-1 du Traité de Rome (...) aujourd'hui repris dans l'article 81 du Traité de Rome, pour soutenir qu'il appartenait à la société [franchiseur] de justifier de la licéité de la clause d'agrément contenue dans le contrat de franchise au regard des dispositions du droit communautaire de la concurrence relatives aux ententes et demander à la Cour de déclarer cette clause abusive et dépourvue de tout effet, alors qu'il n'est nullement justifié que le réseau de franchise (...) serait susceptible d'affecter le commerce intra-communautaire ». V. également CA Angers, 19 décembre 2004, *Juris-Data* n° 2006-330903 : la Cour d'appel a réaffirmé ce principe avec force : « les clauses par lesquelles le franchiseur interdit au franchisé de céder le contrat de franchise ou un élément essentiel de son fonds de commerce sans l'agrément du franchiseur et qui imposent au franchisé de proposer la vente en priorité au franchiseur sont licites et caractéristiques de l'intuitu personae du contrat de franchise ». En l'espèce, le droit de préférence était renforcé par une clause d'agrément. Ainsi, à défaut pour le franchiseur d'exercer son droit de préférence, le franchisé pouvait céder le fonds de commerce ou l'un de ses éléments, le franchiseur conservant alors le droit d'agréer ou non le cessionnaire. Le franchisé soutenait que ces deux clauses étaient abusives au motif que leur combinaison — quoique fréquente dans bien des domaines du droit — rendait impossible toute vente du fonds de commerce à un tiers. La Cour d'appel ne l'a pas suivi dans son argumentation, consacrant le caractère intuitu personae du contrat de franchise.

[27] CA Paris, 13 septembre 2002, *Juris-Data* n° 2002-199474.

[28] Cass. com., 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-11781, inédit.

[29] CA Metz, 23 septembre 2008, *Juris-Data* n° 2008-371948.

[30] CA Paris, 11 décembre 1998, *Juris-Data* n° 1998-024235.

[31] CA Bordeaux, 28 août 2007, RG n° 06/00512, inédit.

[32] Cass. com., 2 juillet 2002, Bull. civ. IV, n° 113, *Juris-Data* n° 2002-015113 ; Cass. com., 5 octobre 2004, pourvoi n° 02-17338, Bull. civ. IV, n° 181, *Juris-Data* n° 2004-025096 ; Cass. com., 3 novembre 2004, pourvoi n° 02-17919, *Juris-Data* n° 2004-025481 ; CA Toulouse, 14 mai 1992, *Juris-Data* n° 1992-042558.

[33] Cass. com., 3 novembre 2004, pourvoi n° 02-17919, *Juris-Data* n° 2004-025481.

*priori* au moment de la prise de décision, ils peuvent faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* du juge saisi, en cas de litige. Il appartient donc au franchiseur de fonder son refus sur de justes motifs. L'examen des solutions jurisprudentielles rendues en la matière montre que la légitimité des motifs du refus est appréciée au regard des intérêts propres à l'agréant et au regard de l'économie générale du contrat de franchise.

L'abus de droit est sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts, mais n'a pas pour effet de lever le refus d'agrément du cessionnaire ; il n'est pas possible d'imposer au franchiseur un nouveau franchisé qu'il n'aurait pas agréé, même si ce refus d'agrément est fondé sur des motifs abusifs.

Bien que les clauses d'agrément soient perçues comme des atteintes à la liberté du franchisé, il n'en demeure pas moins qu'elles n'aggravent pas sa situation par rapport au principe d'intransmissibilité du contrat conclu *intuitu personae* ; au contraire elles permettent de le surmonter.

La cession effectuée en violation d'une clause d'agrément constitue une faute du franchisé dans l'exécution du contrat et engage donc sa responsabilité contractuelle.

Le contrat peut prévoir que la sanction de violation de la clause d'agrément sera renforcée par l'application d'une clause pénale d'un montant suffisamment important pour dissuader le franchisé de violer la clause, mais pas excessif pour autant afin d'éviter tout risque de réduction de l'indemnité par le juge.

## B. La clause de préférence

Six décisions commentées : Cass. com., 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-17296) ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars 2009 (pourvoi n° 08-14778) ; CA Nancy, 22 octobre 2008 (RG n° 00/00865, inédit) ; CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-374080) ; CA Riom, 24 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-001998) et TC Paris, 5 juin 2008 (RG n° 2007/080944, inédit)

**313** Aux termes d'une clause de préférence, une personne, le promettant, s'engage, pour le cas où elle se déciderait à vendre un bien, à l'offrir prioritairement à une autre, le bénéficiaire, qui jouit d'un droit de préemption devant s'exercer aux conditions proposées par un tiers (ou à des conditions prédéterminées). Ce type de clause est parfaitement valable (34) ; le franchiseur y a souvent recours afin de se prémunir des conséquences de la cession par le franchisé de son fonds de commerce ou de son droit au bail. La réussite du réseau

de franchise étant intimement liée aux emplacements de ses magasins franchisés, le franchiseur veille à préserver les magasins existants.

La responsabilité du franchisé et, le cas échéant, du tiers acquéreur peut être engagée en cas de violation de la clause de préférence (1.), mais pas seulement. Leur responsabilité peut également être engagée alors même que le droit de préférence du franchiseur aurait préalablement été purgé (2.).

### 1. La violation de la clause de préférence

**314** La violation de la clause de préférence est tout d'abord caractérisée lorsque le franchisé réalise la cession, objet du pacte, sans l'avoir proposée en priorité au franchiseur (35). Une cour d'appel a ainsi pu logiquement juger que la cession du bail sans l'autorisation du franchiseur et sans respecter le droit de préemption de ce dernier doit être regardée comme constitutive d'une résiliation unilatérale aux torts exclusifs du franchisé (36).

Par ailleurs, le droit de préférence est également violé lorsque le franchisé, après avoir proposé la vente au franchiseur qui l'a refusée, cède à un tiers à des conditions plus avantageuses (37) sans que le franchiseur ait été mis en mesure de pouvoir se substituer au cessionnaire à des conditions équivalentes. Il faut toutefois relever que la Cour de cassation ne semble pas tenir compte de l'évolution du marché puisqu'elle a jugé, de manière assez contestable, que le pacte de préférence ne peut plus être valablement invoqué par le bénéficiaire qui l'a d'abord refusé, dès lors que le bien vient à être vendu aux conditions de l'offre initiale, même si le marché a évolué (38).

La jurisprudence retient que le pacte est violé, alors même que la cession s'est réalisée postérieurement à la survenance du terme de la clause de préférence, dès lors qu'il est établi que le cédant et le cessionnaire se sont entendus sur les conditions de la cession avant l'expiration dudit contrat (39). Les juges veillent ainsi à sanctionner les comportements déloyaux. Autrement dit, la violation du droit de préférence est démontrée dès lors que le bénéficiaire du pacte établit qu'une offre précise et définitive existait avant l'expiration de la clause de préférence (40), sans qu'il en soit avisé.

Pour rapporter la preuve de discussions engagées avant l'extinction du contrat, le franchiseur peut saisir le juge des référés d'une demande de mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, sans que puisse lui être opposé le fait que

[34] V. par exemple, CA Nancy, 22 octobre 2008, RG n° 00/00865, inédit ; CA Grenoble, 2 mars 1989, Juris-Data n° 1989-042365 ; CA Douai, 5 décembre 1991, Juris-Data n° 1991-052196.

[35] V. CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 06/10492 ; Juris-Data n° 2008-374080 : en l'espèce le franchisé a cédé son bail sans l'autorisation du franchiseur et sans respecter son droit de préemption.

[36] CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, RG n° 06/10492 ; Juris-Data n° 2008-374080 ; le franchisé a été condamné au paiement de la clause pénale prévue dans le contrat, ainsi qu'aux redevances dues jusqu'au terme initial du contrat.

[37] CA Paris, 7 décembre 2005, Juris-Data n° 2005-289983.

[38] Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 janvier 2003, Bull. civ. III, n° 24.

[39] CA Douai, 7 décembre 2006, inédit, RG n° 05/03872 ; 21 décembre 2006, RG n° 04/02929, inédit.

[40] CA Angers, 19 décembre 2006, Juris-Data n° 2006-330903 ; Cass. com., 13 décembre 2005, pourvoi n° 04-18243.

la cession soit intervenue après le terme du contrat (41). Toutefois, il ne sera fait droit à sa demande que s'il justifie d'un motif légitime (42) ; la Cour de cassation a ainsi considéré que la simple existence d'une procuration donnée à un salarié, antérieurement à l'extinction du contrat, pour engager un processus de vente n'est pas un élément suffisant pour obtenir la communication de pièces (43).

On relèvera par ailleurs que la particularité des conditions de rachat présentée par le franchisé ne saurait constituer une faute de nature à engager sa responsabilité (44).

S'agissant de la sanction de la violation de la clause de préférence, celle-ci est calquée sur celle de la violation du pacte de préférence. Ainsi, le bénéficiaire du pacte peut engager la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligation qui ne respecte pas son engagement (45) et parfois même celle du cessionnaire complice.

En outre, le franchiseur dispose de la faculté de résilier le contrat en raison du manquement du franchisé à son obligation contractuelle (46).

Le bénéficiaire du pacte (en pratique, le franchiseur) peut également engager la responsabilité délictuelle du tiers acquéreur lorsque celui-ci a contracté avec le cédant (le franchisé) en connaissance de l'existence du pacte de préférence (47).

Le franchiseur pourra obtenir la nullité de la vente si certaines conditions sont remplies : le tiers doit avoir, d'une part, eu connaissance de l'existence du droit de préférence et, d'autre part, appris que son bénéficiaire entendait s'en prévaloir (48).

S'agissant de la possibilité pour le bénéficiaire d'un pacte de préférence d'être substitué au tiers acquéreur, celle-ci était, traditionnellement, totalement exclue (49). Or, par un arrêt du 26 mai 2006, ne concernant pas le droit de la franchise mais dont la généralité des termes permet d'en étendre la portée à tous les domaines du droit, la chambre mixte de la Cour de cassation a affirmé que : « Si le

bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit (...) d'obtenir sa substitution à l'acquéreur c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » (50). Puis, par un arrêt du 31 janvier 2007, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré à son tour que le bénéficiaire d'un tel pacte « est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur », tout en rappelant que ce droit est subordonné à « la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » (51).

La substitution du bénéficiaire au lieu et place du tiers acquéreur est donc admise. Reste que la preuve des conditions requises pour qu'elle puisse être ordonnée (preuve de la connaissance par le tiers acquéreur du pacte et surtout de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir) est plus que délicate.

**315** La jurisprudence introduira peut-être à l'avenir une présomption portant sur la connaissance par le tiers de la volonté du bénéficiaire de se prévaloir du pacte ou, sinon, un devoir pour celui-ci de « se » renseigner (52). Pour l'heure, la Haute juridiction ne semble pas déterminée à s'engager dans l'une de ces voies.

## 2. La mise en œuvre de la responsabilité du franchisé et du tiers acquéreur en dehors de toute violation du pacte de préférence

**316** Il s'agit ici de l'hypothèse dans laquelle le franchiseur a été mis en mesure d'exercer son droit et y renonce, le franchisé décidant alors de céder son fonds de commerce, sans le contrat de franchise, à un tiers.

[41] Cass. com., 14 février 2006, pourvoi n° 05-13127.

[42] V. notamment CA Lyon, 26 février 2008, RG n° 06/06384, inédit.

[43] Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars 2009, pourvoi 08-14778, inédit.

[44] CA Riom, 24 septembre 2008, Juris-data n° 2008-001998, RG n° 07/01503.

[45] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 décembre 1965, Bull. civ. I, n° 718 ; 5 mai 2004, pourvoi n° 01-15812.

[46] Notamment : Cass. com., 13 décembre 2005, pourvoi n° 04-18243 ; CA Paris 7 décembre 2005, Juris-Data n° 2005-289983 : en l'espèce, l'article 11-4 du contrat de franchise prévoyait que « le franchiseur dispose d'un droit de préférence lui permettant de préempter le ou les biens concernés aux dispositions stipulées dans l'acte transmis et ce pendant le délai d'un mois [...]. Dans le cas où le franchiseur n'exercerait pas son droit de préemption et où le franchisé céderait son fonds de commerce ou les actions ou parts de la société à un successeur non agréé par le franchiseur, il sera fait application de l'article 12 [résiliation] du présent contrat [...] ». La Cour d'appel considère qu'il résulte de ces stipulations combinées, qu'en cas de vente du fonds de commerce exploité par le franchisé, le franchiseur dispose d'un droit de préférence supposant que le franchisé l'informe avec précision des conditions exactes de la cession projetée. En l'espèce, le franchisé avait annoncé un prix pour la cession du fonds de commerce au franchiseur qui, finalement, fut inférieur. Par conséquent, la Cour d'appel juge qu'en l'absence de toute information sur les conditions effectives de la cession, le franchiseur n'a pas été en mesure de pouvoir exercer utilement le droit de préemption dont il disposait.

[47] Notamment : Cass. com., 13 décembre 2005, pourvoi n° 04-18243 : en l'espèce, la Cour de cassation a retenu la responsabilité délictuelle du tiers puisque le juge du fond avait constaté que le tiers connaissait l'existence du pacte de préférence et avait incité le franchisé à faire preuve de discrétion envers le franchiseur.

[48] Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 décembre 2005, pourvoi n° 04-16237, Juris-Data n° 2005-031225 ; Cass. com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 00-11692, Juris-Data n° 2004-021750.

[49] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1957, Bull. civ. I, n° 190 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 avril 1997, pourvoi n° 95-17598, Juris-Data n° 1997-001811 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-13669, inédit ; Cass. com., 27 mai 1986, Juris-Data n° 1986-099600, Bull. Joly, 1986, p. 687.

[50] Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Juris-Data n° 2006-033690.

[51] Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 31 janvier 2007, pourvoi n° 05-21071 : la formule est identique à celle employée par l'arrêt précité, rendu en chambre mixte le 26 mai 2006.

[52] CA Douai, 21 décembre 2006, RG n° 04/02939, inédit ; 7 décembre 2006, RG n° 05/0387, inédit : par ces deux arrêts inédits, la Cour d'appel de Douai a affirmé le principe selon lequel le tiers acquéreur professionnel a le devoir de « se » renseigner sur la situation juridique de son cocontractant.

Dans ce cas, le franchisé engage sa responsabilité en mettant ainsi fin de manière anticipée à son contrat de franchise (53). La jurisprudence limite l'étendue de l'indemnisation du franchiseur lorsqu'il est démontré que ce dernier a pu signer un nouveau contrat de franchise dans la zone sur laquelle le cessionnaire était implanté (54).

Quant au tiers acquéreur, qui serait un concurrent du franchiseur initial, la solution de principe est que le franchiseur faisant l'acquisition d'un fonds de commerce appartenant à l'un des franchisés de son concurrent ne commet aucune faute dès lors que son concurrent a régulièrement été mis en mesure d'exercer son droit de pré-

férence et n'en a pas usé dans le délai qui lui était contractuellement imparti (55).

La solution est encore davantage favorable au tiers acquéreur, lorsque celui-ci a pu, au regard des informations qui ont été portées à sa connaissance, croire que le contrat de franchise a été rompu de sorte que le droit de préférence existant au profit du franchiseur s'est éteint (56).

**317** On le sait, la Cour de cassation réserve toutefois l'hypothèse dans laquelle l'acquéreur aurait agi avec déloyauté ou se serait rendu coupable d'une fraude (57).

[53] TC Paris, 5 juin 2008, RG n° 2007/080944, inédit.

[54] TC Paris, 5 juin 2008, RG n° 2007/080944, inédit.

[55] Cass. com., 23 janvier 2007, Juris-Data n° 2007-037125.

[56] CA Rennes, 19 mars 2008, Juris-Data n° 2008-001692 ; Cass., com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-17296.

[57] Cass. com., 15 mai 2007, Juris-Data n° 2007-038953 ; 15 mai 2007, Juris-Data n° 2007-0611583.

## Vient de paraître



**Nouvelle édition  
du Cohen enfin disponible !**

**L.G.D.J**

lextensoéditions

Disponible sur **Librairie Lgdj.fr**  
www.lgdj.fr

## FRANCHISE ET PROCÉDURES COLLECTIVES

**318** Les procédures collectives permettent le traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise et le règlement collectif des créanciers. L'ouverture d'une procédure collective est de plus en plus fréquente en raison du contexte actuel de crise et des évolutions législatives qui incitent davantage les dirigeants à s'y soumettre (1). L'augmentation du nombre d'arrêts relatifs aux procédures collectives dans le cadre d'une franchise est d'ailleurs la preuve que le recours à ces procédures s'accroît (2).

Dans ce contexte nouveau, il convient d'envisager successivement les relations entre les parties au contrat de franchise (I), ainsi que les relations entre les parties et les cautions (II), avant d'aborder les éléments de procédure spécifiques aux procédures collectives (III).

### I. Les relations entre les parties au contrat de franchise

Une décision commentée : Cass. com., 7 avril 2009 (pourvoi n° 07-16061)

**319** La procédure collective peut être ouverte à l'encontre de l'une des parties au contrat de franchise mais elle peut aussi, lorsque les parties sont des sociétés et que certaines conditions sont réunies (3), être étendue au dirigeant lui-même, personne physique. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 avril 2009 (4) précise que la procédure collective d'une personne physique ou morale, par extension de la procédure d'une autre, ne rétroagit pas au jour du jugement d'ouverture de la première procédure.

Quel que soit le débiteur faisant l'objet d'une procédure collective, les règles à respecter pour ouvrir une procédure sont les mêmes. D'ailleurs, ces règles ne présentent aucune particularité concernant la franchise. Une fois la procédure ouverte (A), le mandataire judiciaire aura pour objectif d'augmenter l'actif du débiteur (B) et des interrogations quant au sort du contrat de franchise pourront survenir (C).

#### A. L'ouverture d'une procédure collective

**320** En vertu de l'article L. 631-5 du Code de commerce, un créancier peut demander l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de son débiteur. Que la demande d'ouverture ait, ou non, été

formulée à son initiative, le créancier devra alors prouver l'état de cessation des paiements du débiteur (1.) et déclarer sa créance (2.), laquelle devra par la suite faire l'objet d'une admission (3.).

#### 1. La preuve de l'état de cessation des paiements

Deux décisions commentées : CA Lyon, 12 février 2009 (Juris-Data n° 2009-000919 ; RG n° 08/02534) ; CA Paris, 18 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-370878 ; RG n° 07/17486)

**321** La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 18 septembre 2008 (5), rappelle que pour établir l'état de cessation des paiements du débiteur, le créancier doit prouver que le débiteur ne peut plus faire face à son passif exigible (6) avec son actif disponible (7).

Dans le cadre d'une exploitation en franchise, le passif exigible peut être constitué notamment par le droit d'entrée et une redevance de publicité nationale. Une interprétation *a contrario* de l'arrêt du 12 février 2009 de la Cour d'appel de Lyon (8), laisse à penser que ces créances, lorsqu'elles sont exigibles lors de la demande d'ouverture d'une procédure collective, peuvent constituer ledit passif exigible ; en l'espèce, ces créances n'étant pas exigibles à la date à laquelle le liquidateur souhaitait le report de l'état de cessation des paiements, elles n'ont pas été prises en compte pour le calcul du passif exigible à cette date.

#### 2. La déclaration des créances

Six décisions commentées : Cass. com., 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-21528) ; CA Paris, 20 novembre 2008 (RG n° 03/07603) ; Cass. com., 14 octobre 2008 (pourvoi n° 07-17791) ; TC Rouen, 11 juillet 2008 (RG n° 07/008620, inédit) ; CA Versailles, 2 juillet 2008 (RG n° 06/02103) et Cass. com., 10 juin 2008 (pourvoi n° 06-21112)

**322** Conformément aux articles L. 622-24 (pour la sauvegarde) et L. 631-14 (pour le redressement) du Code de commerce, le créancier doit déclarer toutes les créances antérieures au jugement d'ouverture, quelle que soit leur nature (civile ou commerciale) (9).

Sous l'empire du régime antérieur à la loi de sauvegarde des entreprises de 2005 (10), si le créancier ne déclarait pas sa créance et

(1) Par exemple, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 a étendu le bénéfice de la suspension des poursuites aux personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie et à toutes les personnes ayant consenti une sûreté personnelle, alors que celle-ci ne bénéficiait jusqu'alors qu'au débiteur et aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome. Les dirigeants étant souvent également les garants de leur société, cette disposition qui les avantage peut les inciter à se soumettre à une procédure collective.

(2) Vingt-quatre décisions commentées sur la période juin 2008 à juin 2009, contre cinq seulement un an plus tôt à la même période.

(3) Conditions de l'extension pour cause de confusion de patrimoine : flux financiers anormaux (Cass. com., 11 mai 1993, pourvoi n° 91-10569) ou confusion des comptes.

(4) Cass. com., 7 avril 2009, pourvoi n° 07-16061 : extension en raison de la confusion du patrimoine.

(5) CA Paris, 18 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-370878, RG n° 07/17486.

(6) Ensemble des dettes certaines, liquides, exigibles de l'entreprise.

(7) Actif immédiatement réalisable par l'entreprise.

(8) CA Lyon, 12 février 2009, RG n° 08/02534, Juris-Data n° 2009-000919.

(9) Cass. com., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-21112.

(10) Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

s'il ne bénéficiait pas du relevé de forclusion, la créance était automatiquement éteinte (11). Dès lors, le créancier ne pouvait, en aucun cas, recouvrer un quelconque droit de poursuite individuelle contre le débiteur, après clôture pour insuffisance d'actif (12).

Depuis la loi de 2005, le défaut de déclaration n'entraîne plus l'extinction de la créance. Celle-ci est uniquement inopposable à la procédure. En conséquence, si le créancier se trouve dans les hypothèses limitativement énumérées à l'article L. 643-11 du Code de commerce (13), il peut, sous réserve de l'interprétation de cet article par les juges, agir contre le débiteur à l'issue de la procédure.

**323** La créance doit être déclarée et son montant doit être prouvé. Il est possible pour le créancier de se référer, pour ce faire, à l'aveu judiciaire du débiteur concernant la dette. Dans un arrêt du 14 octobre 2008, (14) la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel, les juges du fond n'ayant pas répondu aux conclusions du créancier qui évoquait un aveu judiciaire auprès du juge commissaire.

Enfin, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles rappelle le principe selon lequel le salarié qui a introduit une instance prud'homale antérieurement à l'ouverture de la procédure collective est dispensé de déclaration de créances résultant de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail (15).

### 3. L'admission des créances

**Une décision commentée : Cass. com., 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-21528)**

**324** Une fois la déclaration de créance faite, le juge commissaire se prononce sur son admission. Si une instance relative à la créance qui est déclarée est en cours, le juge commissaire sursoit à statuer (16). Cependant, le sursis à statuer n'opère pas le dessaisissement du juge commissaire. Dès lors, la juridiction saisie de l'instance en

cours sur la créance déclarée n'est pas compétente pour en prononcer l'admission (17).

**325** À ce titre, la Cour de cassation a récemment eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si les règles relatives à la vérification des créances font échec au principe de la compensation des créances connexes, dans l'hypothèse où ces dernières seraient contestées (18). En l'espèce, les juges du fond avaient rejeté une demande de compensation des créances connexes effectuée lors d'une liquidation judiciaire. En effet, selon eux, la détermination de l'existence et du montant des créances relevait de la compétence exclusive du juge commissaire et, l'instance en contestation des créances déclarées étant actuellement en cours devant ce dernier, les demandes de compensation devaient être rejetées.

Or la Cour de cassation, au visa de l'article 1289 du Code civil, juge que le fait que les créances soient contestées n'empêche pas la compensation des créances dans son principe. Il faut par ailleurs préciser qu'en pratique, la compensation ne sera effective qu'à l'admission de la créance contestée et à hauteur de son montant.

## B. La préservation et l'optimisation de l'actif du débiteur

**326** Le rôle du mandataire judiciaire consiste notamment à préserver et optimiser le patrimoine du débiteur en procédure collective, dans l'intérêt collectif des créanciers. Plusieurs actions lui sont ouvertes telles que l'action en nullité de la période suspecte (1.) et l'action pour soutien abusif de crédit (2.).

### 1. Les nullités de la période suspecte

**Une décision commentée : Cass. com., 16 décembre 2008 (pourvoi n° 07-17207)**

(11) Cass. com., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-21112.

(12) CA Paris, 20 novembre 2008, RG n° 03/07603.

(13) C. com., art. L. 643-11 : « I. Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf si la créance résulte : 1) d'une condamnation pénale du débiteur ; 2) de droits attachés à la personne du créancier. II. Toutefois, la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci. III. Les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle dans les cas suivants : 1) la faillite personnelle du débiteur a été prononcée ; 2) le débiteur a été reconnu coupable de banqueroute ; 3) le débiteur ou une personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire antérieure clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis ; 4) la procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens du paragraphe 2 de l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. IV. En outre, en cas de fraude à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers, le tribunal autorise la reprise des actions individuelles de tout créancier à l'encontre du débiteur. Le tribunal statue lors de la clôture de la procédure après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur et les contrôleurs. Il peut statuer postérieurement à celle-ci, à la demande de tout intéressé, dans les mêmes conditions. V. Les créanciers qui recouvrent leur droit de poursuite individuelle et dont les créances ont été admises ne peuvent exercer ce droit sans avoir obtenu un titre exécutoire ou, lorsqu'ils disposent déjà d'un tel titre, sans avoir fait constater qu'ils remplissent les conditions prévues au présent article. Le président du tribunal, saisi à cette fin, statue par ordonnance. Les créanciers qui recouvrent l'exercice individuel de leurs actions et dont les créances n'ont pas été vérifiées peuvent le mettre en œuvre dans les conditions du droit commun ».

(14) Cass. com., 14 octobre 2008, pourvoi n° 07-17791.

(15) CA Versailles, 2 juillet 2008, RG n° 06/02103.

(16) C. com., art. L. 624-2 : « [...] le juge-commissaire décide de l'admission ou du rejet des créances ou constate soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence ».

(17) TC Rouen, 11 juillet 2008, RG n° 07/008620, inédit.

(18) Cass. com., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-21528.

**327** L'article L. 632-1 du Code de commerce (19) permet d'annuler certains actes passés par le débiteur, par exemple des cessions, lorsqu'ils sont intervenus pendant la période suspecte (entre la date de cessation des paiements et le jugement d'ouverture). Ainsi, en invoquant cet article, le mandataire judiciaire pourra faire entrer des biens dans le patrimoine du débiteur et ainsi optimiser son actif pour augmenter ses chances de désintéresser les créanciers.

**328** La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 décembre 2008 (20), a eu l'occasion de statuer sur un acte dont le liquidateur avait demandé l'annulation sur le fondement de l'article L. 621-107, 4° du Code de commerce (21). L'acte concerné était la reprise, par le vendeur, des marchandises impayées et la constitution d'un avoir par ce dernier. Le fait d'annuler l'acte aurait permis de maintenir les marchandises dans l'actif du débiteur et de favoriser ainsi le paiement des créanciers de la procédure. Selon le liquidateur, l'acte constituait une dation en paiement. Faute d'usage entre les parties de ce mode de paiement, le liquidateur soutenait que l'acte devait être annulé. La Cour de cassation ne fait pas droit à sa demande : le vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété, les marchandises ne sont jamais entrées dans le patrimoine du débiteur. Dès lors, il pouvait les reprendre librement. Il ne s'agit aucunement d'un des actes énoncés à l'article L. 632-1 du Code de commerce précité.

Cet arrêt souligne l'intérêt d'une clause de réserve de propriété pour éviter de tomber sous le coup des nullités de la période suspecte. Il pourra donc être très utile, pour le fournisseur du franchisé, dans le cadre d'un contrat d'approvisionnement, d'y insérer des clauses de réserve de propriété.

## 2. Les actions pour soutien abusif de crédit

Trois décisions commentées : CA Montpellier, 10 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-002221) ; CA Nîmes, 5 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-005056)

**329** Un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 5 juin 2008 (22) concerne une demande tendant à faire constater le soutien abusif de crédit commis par le concédant et fournisseur de crédit du débiteur en procédure collective. Bien qu'elle concerne un contrat de

concession, cette décision est transposable à la franchise. Selon la Cour d'appel, la situation du concessionnaire était irrémédiablement compromise. Dès lors, en ne réclamant pas les créances dont il disposait à l'égard du concessionnaire et en poursuivant ses relations avec ce dernier, le concédant a contribué à masquer la situation financière du concessionnaire, à retarder son dépôt de bilan, et à aggraver son passif. La Cour d'appel condamne donc le concédant au paiement de dommages intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

La Cour d'appel de Nîmes ajoute qu'une compensation est impossible entre ce que doit le concédant au titre du soutien abusif de crédit et ce que le débiteur en procédure collective doit au concédant. La compensation a lieu lorsque deux personnes sont réciproquement créancières et débitrices de l'autre. Cinq conditions sont nécessaires pour que la compensation légale ait lieu : réciprocité, fongibilité, liquidité, exigibilité et disponibilité des créances. Dans le cadre d'une procédure collective, la disponibilité fait défaut puisque toutes les actions en justice sont suspendues. En outre, on peut douter du critère de la réciprocité, ainsi que le souligne l'arrêt précité. En effet, en l'espèce, la somme due par le concédant au titre du soutien abusif de crédit revient à l'ensemble des créanciers déclarants et non au débiteur en procédure collective. Le concédant et le concessionnaire ne sont donc pas réciproquement créanciers et débiteurs.

Depuis la modification de l'article L. 650-1 du Code de commerce, par l'ordonnance de 2008 (23), « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ». Les actions pour soutien abusif de crédit devraient donc, désormais, être beaucoup plus rares ou à tout le moins succéder plus occasionnellement.

**330** On signalera également, pour mémoire, l'arrêt rendu le 10 juin 2008 par la Cour d'appel de Montpellier (24), rendu en matière

*(19) C. com., art. L. 632-1 : « I. Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 1) tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ; 2) tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ; 3) tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ; 4) tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ; 5) tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du Code civil (1), à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ; 6) toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ; 7) toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ; 8) toute autorisation et levée d'options définies aux articles L. 225-177 et suivants du présent Code ; 9) tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ; 10) tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant. II. Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du I faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements ».*

*(20) Cass. com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-17207.*

*(21) Ancienne numérotation de l'article L. 632-1 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi de 2005.*

*(22) CA Nîmes, 5 juin 2008, Juris-Data n° 2008-005056.*

*(23) Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.*

*(24) CA Montpellier, 10 juin 2008, Juris-data n° 2008-002221.*

d'affiliation, rappelant de manière générale les conditions bien connues nécessaires à la mise en œuvre de l'action en soutien abusif.

### C. L'avenir du contrat de franchise

**331** Lorsque l'une des parties au contrat est soumise à une procédure collective, il est possible que l'exécution du contrat ne soit pas poursuivie (1.). Dans ce cas et, de manière plus générale, dans tous les cas où il est mis fin au contrat, il convient en outre de s'interroger sur les relations post-contractuelles (2.).

#### 1. La question de la poursuite des contrats en cours

Trois décisions commentées : CA Paris, 27 janvier 2009 (Juris-Data n° 2009-000536, RG n° 07/04313) ; CA Paris, 23 octobre 2008 (RG n° 06/09559) et CA Reims, 29 septembre 2008 (RG n° 07/1731)

**332** Le contractant d'un débiteur en procédure collective peut souhaiter mettre fin au contrat qui le lie avec ce dernier. S'agissant de la procédure de sauvegarde, l'article L. 622-13 du Code de commerce (25) prévoit une procédure particulière, à savoir une mise en demeure adressée à l'administrateur. Si celle-ci demeure sans réponse pendant un mois, le cocontractant pourra mettre fin au contrat en cours. La même procédure est applicable au redressement judiciaire.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 octobre 2008 (26) statue sur la résiliation d'un contrat de concession en raison de l'ouverture d'une liquidation judiciaire et de certains manquements de la part du contractant en procédure collective. S'il est ici question de contrat de concession, l'arrêt commenté demeure parfaitement transposable à toutes les situations contractuelles et, en particulier, au contrat de franchise. La Cour d'appel, dans un premier temps, rappelle qu'une résiliation fondée uniquement sur l'ouverture d'un redressement judiciaire n'est pas recevable. Dans un second temps, s'agissant d'un contrat en cours au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce, elle précise que la résiliation doit respecter la procédure définie à ce même article, quand bien même d'importants manque-

ments auraient été constatés. En l'espèce, les exigences de l'article L. 622-13 dudit Code n'ayant pas été respectées, la résiliation est irrégulière.

Il a également été jugé par la Cour d'appel de Toulouse qu'en cas de licenciement économique du directeur commercial d'une société franchisée, le périmètre de l'obligation de reclassement comprend à la fois la société franchisée mais également la société franchiseur. Ainsi, les juges du fond ont-ils considéré que le seul fait que le reclassement n'ait pas été recherché au-delà de la société franchisée suffisait à considérer que la rupture était injustifiée (27).

Enfin, une décision rendue par la Cour d'appel de Reims (28) s'est prononcée sur la question de savoir si la responsabilité de l'avocat conseil de la société franchisée mise en liquidation judiciaire pouvait être engagée en raison du manquement à son devoir de conseil. En l'espèce, la société franchisée mise en liquidation judiciaire reprochait à l'avocat à qui elle avait fait appel d'avoir manqué à son devoir de conseil durant le déroulement de cette procédure dans la mesure où il avait autorisé la reprise du fonds de commerce pour une valeur insuffisante en raison de l'absence de mise en place d'un plan de continuation. La Cour d'appel considère que l'absence de mise en place d'un plan de continuation de l'entreprise par l'avocat constitue une faute à l'origine du « préjudice constitué par la perte de chance de voir dans le cadre d'un plan de redressement par continuation, la situation de la société franchisée s'améliorer et de ne pas subir les préjudices qu'elle invoque désormais ».

#### 2. Les relations post-contractuelles

Une décision commentée : TC Rouen, 11 juillet 2008 (RG n° 07/008620, inédit)

**333** Les contrats de franchise comportent toujours une clause de non-concurrence par laquelle le franchisé s'interdit de faire concurrence au franchiseur. Très souvent, ces clauses s'appliquent aussi à la relation post-contractuelle. Ainsi, même si le contrat est arrivé à son terme ou est rompu, le franchisé ne pourra pas faire concurrence au franchiseur.

[25] C. com., art. L. 622-13 : « I. Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif. II. L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. Si l'administrateur agit à l'exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant. III. Le contrat en cours est résilié de plein droit : 1) après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer ; 2) à défaut de paiement dans les conditions définies au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. En ce cas, le ministère public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation. IV. À la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant. V. Si l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin dans les conditions du II ou encore si la résiliation est prononcée en application du IV, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif. Le cocontractant peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts. VI. Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail. Elles ne concernent pas non plus le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ».

[26] CA Paris, 23 octobre 2008, RG n° 06/09559.

[27] CA Toulouse, 18 juin 2008, RG n° 07/01161.

[28] CA Reims, 29 septembre 2008, RG n° 07/1731.

Ainsi que cela a été évoqué précédemment dans la présente étude, dans une décision quelque peu surprenante, le Tribunal de commerce de Rouen, le 11 juillet 2008 (29), a statué sur une demande du franchiseur tendant à faire constater que le franchisé avait mis fin au contrat de franchise et était tenu d'une obligation de non-concurrence. Le Tribunal affirme que la société franchisée a été liquidée et qu'elle n'a plus d'activité, pour en déduire que la demande du franchiseur était injustifiée et qu'il ne pouvait plus invoquer la clause de non-concurrence.

## II. Les relations entre les parties et les cautions

Neuf décisions commentées : CA Paris, 29 janvier 2009 (RG n° 07/06438) ; CA Paris, 11 décembre 2008 (RG n° 07/10954) ; Cass. com., 12 novembre 2008 (pourvois n°s 07-17746 et 07-15949) ; CA Rouen, 30 octobre 2008 (RG n° 08/03654) ; Cass. com., 30 septembre 2008 (pourvoi n° 07-11178) ; Cass. com., 8 juillet 2008 (pourvoi n° 07-13274) ; CA Nîmes, 19 juin 2008 (RG n° 06/4867)

**334** Le créancier va agir contre la caution (A) laquelle va invoquer des moyens de défense (B).

### A. La mise en œuvre du cautionnement

**335** La plupart du temps, les créanciers exigent des garanties de la part de leur débiteur, telles que des sûretés personnelles (cautionnement, garantie autonome ou lettre d'intention), afin de se prémunir contre les éventuels risques d'impayés. Ainsi, si le débiteur connaît des difficultés pour honorer ses dettes, le créancier pourra exercer un recours contre le garant.

Aux termes des articles L. 341-2 et L. 341-6 du Code de la consommation, issus de la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003 (30), le cautionnement est subordonné à un certain formalisme, ce dispositif étant destiné à protéger la personne physique qui se serait portée caution envers un créancier professionnel. Depuis l'entrée en vigueur de ces articles, seules les juridictions du fond s'étaient prononcées sur le sens à donner à la notion de « créancier profes-

sionnel », sans que cela ait permis de dégager des lignes directrices. Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation fournit enfin une définition générale de la notion de « créancier professionnel », sous la forme d'un véritable attendu de principe. Ainsi, un tel créancier s'entend « de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale » (31).

Cependant, si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, le créancier ne pourra agir, dès l'ouverture de cette procédure, contre le garant, tout au moins lorsqu'il s'agit d'une personne physique (32), car il bénéficie du principe de l'arrêt des poursuites individuelles énoncé à l'article L. 622-28 du Code de commerce (33) (pour la sauvegarde) et à l'article L. 631-14 du même Code (34) (pour le redressement). Le créancier ne pourra donc agir qu'une fois le plan de sauvegarde ou de redressement arrêté ou la liquidation prononcée (35).

Bien que le créancier ne puisse agir contre la caution dès le jugement d'ouverture, il n'en demeure pas moins que le bénéfice d'une sûreté personnelle est avantageux pour des créanciers. Quatre arrêts rendus en 2008 témoignent des actions d'un créancier contre une caution dans le cadre d'un contrat de franchise (36). L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 septembre 2008 (37), l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 30 octobre 2008 (38) et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 décembre 2008 (39) concernent des actions mises en œuvre par des établissements de crédit, à l'encontre des cautions d'un franchisé soumis à une procédure collective. Le quatrième arrêt, celui de la chambre commerciale en date du 12 novembre 2008 (40), est relatif à une demande de nullité des contrats de franchise et de location-gérance formulée par le liquidateur. Au préalable, le franchiseur avait assigné les cautions afin qu'elles exécutent les engagements d'un franchisé en liquidation judiciaire. Ces quatre arrêts révèlent l'importance d'un cautionnement pour un créancier dont le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. Le créancier tentera d'obtenir le paiement de sa créance par la caution. Malgré tout, l'action du créancier n'aboutira

[29] TC Rouen, 11 juillet 2008, RG n° 07/008620, inédit.

[30] Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique.

[31] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-15910.

[32] *Tel ne sera pas le cas si le garant est une personne morale.*

[33] C. com., art. L. 622-28 : « Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

[34] C. com., art. L. 631-14 : « Les articles (...) L. 622-13 à L. 622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire (...) ».

[35] Cass. com., 24 mai 2005, pourvoi n° 03-21043 : « Attendu que l'action régulièrement engagée par le créancier contre la caution et suspendue par l'effet du jugement d'ouverture du redressement judiciaire du débiteur principal peut être reprise sans nouvelle assignation après le jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire ».

[36] Cass. com., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-11178 ; CA Rouen, 30 octobre 2008, RG n° 08/03654 ; CA Paris, 11 décembre 2008, RG n° 07/10954, *Juris-Data* n° 2008-374966 ; Cass. com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-17746.

[37] Cass. com. 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-11178.

[38] CA Rouen, 30 octobre 2008, RG n° 08/03654.

[39] CA Paris, 11 décembre 2008, *Juris-Data* n° 2008-374966, RG n° 07/10954.

[40] Cass. com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-17746.

pas nécessairement, tout dépendant de la pertinence des moyens de défense opposés par la caution.

Enfin, il convient de faire état d'un arrêt dans lequel la Cour de cassation a eu à répondre du sort de la caution donnée pour garantir un plan de continuation, après résolution de ce plan et ouverture d'une liquidation judiciaire (41). La question se posait de savoir si la caution reste tenue après résolution du plan et ouverture d'une nouvelle procédure de liquidation judiciaire. La chambre commerciale de la Cour de cassation répond par l'affirmative, jugeant qu'il importe peu que l'exécution de l'engagement de caution ait été demandée après l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire subséquente à la résolution du plan.

## B. Les moyens de défense de la caution

**336** S'il arrive que la caution ne conteste pas son engagement (42), elle cherche, le plus souvent, à remettre en cause sa validité en contestant la validité du contrat principal, ou à arguer du caractère disproportionné de son engagement.

Depuis la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003 (43), les cautionnements disproportionnés fournis par des personnes physiques aux créanciers professionnels sont inopposables (44). Cette inopposabilité n'est applicable qu'aux cautionnements postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, soit le 7 août 2003. Pour les cautionnements antérieurs, les cautions ne peuvent donc se prévaloir de l'inopposabilité. En revanche, la responsabilité civile (45) du créancier peut être engagée, le cautionnement est alors réduit.

Dans un arrêt du 30 octobre 2008 (46), la Cour d'appel de Rouen a apprécié le caractère profane ou averti des cautions pour en déduire les obligations de la banque à leur égard. Une des deux cautions va être qualifiée de profane : « La seule qualité d'associée à égalité avec son conjoint [gérant] et d'assistante administrative [dans la société] ne saurait lui conférer la qualité de caution avertie ». Son engagement étant disproportionné, la banque est condamnée à l'indemniser. Le cautionnement ayant été souscrit avant le 7 août 2003,

il s'agit d'une indemnisation, fondée sur l'article 1147 du Code civil et non d'une inopposabilité.

Le 11 décembre 2008, la Cour d'appel de Paris (47) a fait application de l'article L. 341-6 de Code de la consommation. Dans cette affaire, la Cour a affirmé que les cautionnements n'étaient pas disproportionnés et que la banque qui n'avait donc pas commis de manquement pouvait se prévaloir du cautionnement.

La caution peut également contester la validité du contrat principal. Le 12 novembre 2008, la chambre commerciale de la Cour de cassation (48), qui a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet, a rappelé les dispositions de l'article 2289 du Code civil suivant lesquelles « Seule la disparition des obligations nées du contrat nul peut entraîner la disparition du cautionnement lequel conserve son efficacité à l'égard des obligations subsistantes ». Elle casse ainsi l'arrêt de la Cour d'appel, celle-ci n'ayant pas recherché si la nullité du contrat éteignait l'obligation de payer les livraisons et si les obligations des cautions ne demeuraient pas, du fait qu'elles s'étaient engagées au titre de l'encours du fournisseur. La nullité du contrat de franchise ne remet donc pas en cause *de facto* l'engagement de la caution.

Également, dans un arrêt rendu le même jour, la chambre commerciale a jugé que la banque ne saurait engager sa responsabilité à l'égard d'une caution avertie. En l'espèce, une caution, après s'être acquittée de son engagement, avait recherché la responsabilité de la banque, en vain. En effet, s'agissant d'une caution avertie, la Cour de cassation énonce que la banque n'était pas tenue d'une obligation de mise en garde à son égard dans la mesure où elle s'était faite assistée d'un conseiller (49).

La Cour d'appel de Nîmes (50) a eu à se prononcer sur la question de savoir s'il était possible pour la caution de se libérer de son engagement en invoquant la violence économique exercée par le franchiseur, lorsque ce dernier a sollicité l'engagement de caution solidaire du franchisé, destiné à garantir le recouvrement de sa créance. Elle a considéré qu'en l'espèce, la violence n'était pas caractérisée dans la mesure où, « pour vicier le consentement d'une partie à un acte, il convient que la contrainte économique alléguée soit illégitime ou traduise une exploitation abusive de la situation de dépendance économique de cette partie par son cocontractant ».

(41) Cass. com., 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-13274.

(42) CA Paris, 29 janvier 2009, RG n° 07/06438.

(43) Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique.

(44) C. consom., art. L. 341-6 : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

(45) C. civ., art. 1147.

(46) CA Rouen, 30 octobre 2008, RG n° 08/03654.

(47) CA Paris, 11 décembre 2008, RG n° 07/10954, Juris-Data n° 2008-374966.

(48) Cass. com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-17746.

(49) Cass. com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-15949.

(50) CA Nîmes, 19 juin 2008, RG n° 06/04867

### III. Éléments de procédure spécifiques aux procédures collectives

**337** Dans le cadre d'une procédure collective, il existe des particularités procédurales dont celles concernant la qualité pour agir (A), la compétence des tribunaux (B) et les voies de recours (C).

#### A. La qualité pour agir

**338** L'article 31 du Code de procédure civile dispose que « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». Dans le cadre des procédures collectives, eu égard à la situation du débiteur et au caractère collectif de la procédure, la loi attribue le droit d'agir à certaines personnes déterminées. Le dessaisissement du débiteur au profit du liquidateur dans le cadre d'une liquidation judiciaire (1.), et la qualité du mandataire, du liquidateur ou du commissaire à l'exécution du plan pour agir au nom des créanciers (2.), constituent deux exemples d'attribution législative du droit d'agir.

#### 1. Le dessaisissement du débiteur dans le cadre d'une liquidation judiciaire

Trois décisions commentées : Cass. com., 26 mai 2009 (pourvoi n° 08-13194), Cass. soc., 16 décembre 2008 (pourvoi n° 06-46105) et Cass. com., 16 septembre 2008 (pourvoi n° 07-13713)

**339** Si les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire n'emportent pas le dessaisissement automatique du débiteur (51), tel n'est pas le cas de la procédure de liquidation judiciaire, ainsi que l'indique l'article L. 641-9 du Code de commerce (52). Le débiteur dessaisi est représenté par le liquidateur pour tous les actes exigés par ses activités professionnelle et personnelle (53). Cependant, l'article prévoit deux types d'exceptions. La première consiste

à permettre au débiteur de se constituer partie civile. La deuxième a un champ d'application plus large : elle vise tout ce qui n'est pas compris dans la mission du liquidateur. Cette deuxième exception a été introduite par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 (54) et consacre la jurisprudence qui avait exclu certains actes du dessaisissement, tels que la renonciation par le débiteur seul à une succession car elle constitue un droit attaché à la personne (55).

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 16 décembre 2008 (56), illustre cette deuxième exception. En l'espèce, un liquidateur avait saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification des contrats de franchise en un contrat de travail. La Cour de cassation approuve la fin de non-recevoir pour défaut de qualité du liquidateur relevée par la Cour d'appel. Elle affirme que « la demande en requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié et ne peut être exercé par les organes de la procédure ». La Cour de cassation précise d'ailleurs que la Cour d'appel n'était pas tenue d'inviter le débiteur à se joindre à la procédure.

Enfin, il a été jugé qu'après l'adoption d'un plan de continuation, le débiteur, redevenu maître de ses biens, est recevable à exercer une action en résolution d'un contrat, peu important l'inaction de l'administrateur pendant la période d'observation (57).

#### 2. La représentation des créanciers : l'exemple du plan de cession

Une décision commentée : CA Paris, 23 octobre 2008 (RG n° 06/09559)

**340** L'article L. 622-20 du Code de commerce (58) donne compétence au mandataire pour agir au nom des créanciers. L'article L. 626-25 du Code de commerce (59) attribue cette compétence au commissaire à l'exécution du plan dans le cadre d'un plan de cession.

[51] C. com., art. L. 622-1-1.

[52] C. com., article L. 641-9 : « I. Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur. Toutefois, le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime. Le débiteur accomplit également les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné. II. Lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leur lieu et place par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public. Le siège social est réputé fixé au domicile du représentant légal de l'entreprise ou du mandataire désigné. III. Lorsque le débiteur est une personne physique, il ne peut exercer, au cours de la liquidation judiciaire, aucune des activités mentionnées au premier alinéa de l'article L. 640-2 ».

[53] Cass. com., 26 mai 2009, pourvoi n° 08-13194 : « que sur le pourvoi incident, relevé par M<sup>me</sup> X, agissant en qualité de liquidateur judiciaire [du franchisé] ». Le liquidateur exerce l'action en justice à la place du franchisé.

[54] Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

[55] Cass. com., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-10115 : « Attendu que pour déclarer inopposable à la liquidation judiciaire la renonciation de M<sup>me</sup> X à la succession de sa mère, l'arrêt retient que les conséquences de la renonciation sont essentiellement patrimoniales et que l'option successorale appartient après le prononcé de la liquidation judiciaire au liquidateur et non au débiteur ; Attendu qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

[56] Cass. soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 06-46105.

[57] Cass. com., 16 septembre 2008, pourvoi n° 07-13713.

[58] C. com., art. L. 622-20, al. 1 : « Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers (...) ».

[59] C. com., art. L. 626-25, al. 3 : « Le commissaire à l'exécution du plan est également habilité à engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers ».

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 octobre 2008 (60) a rappelé la compétence du commissaire à l'exécution du plan. Comme il a été précisé précédemment, cet arrêt relatif à la concession est applicable à la franchise et à toute situation contractuelle dans laquelle un plan de cession est arrêté. En l'espèce, le commissaire agissait dans le but d'obtenir le règlement de redevances. Le débiteur des redevances affirmait que le commissaire n'était pas compétent pour agir puisque les éléments incorporels faisant l'objet des redevances avaient été cédés au repreneur. La Cour d'appel de Paris constate que les éléments cités n'étaient pas compris dans le plan ; elle en conclut que le commissaire « [avait] bien qualité pour agir en recouvrement des actifs de la société (...) non compris dans le plan, observation faite que la créance [avait] pris naissance antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ».

La Cour d'appel de Paris (61) a récemment eu à se prononcer sur la question de savoir si dans le cadre d'une résiliation amiable du contrat de franchise, intervenue dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, la société qui acquiert le fonds de commerce est tenue de reprendre l'intégralité des contrats de travail qui avaient été conclus par société liquidée.

## B. Les clauses compromissaires

**Deux décisions commentées : CA Paris, 5 novembre 2008 (RG n° 07/17215) ; CA Colmar, 9 octobre 2008 (RG n° 06/04294)**

**341** La Cour d'appel de Colmar, le 9 octobre 2008 (62), a eu l'occasion de statuer sur le sort d'une clause compromissaire. En l'espèce, le liquidateur avait agi à l'encontre du franchiseur, en réparation du préjudice subi par le franchisé qui prétendait avoir été « trompé (...) par l'étude de marché purement théorique et réalisée sans aucun sérieux par le franchiseur ». Le contrat de franchise comportait une clause compromissaire. La Cour de cassation rappelle

les articles 1458 et 1466 du Code de procédure civile selon lesquels il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, avant de préciser que « l'action [du liquidateur] n'est (...) pas inhérente à la procédure collective et que la clause compromissaire, valablement conclue avant le jugement d'ouverture de la procédure collective, n'a pas lieu d'être écartée et est opposable [au liquidateur] ». Le liquidateur est, ainsi, tenu de se soumettre à la clause compromissaire.

La clause ne sera écartée que dans l'hypothèse où l'action n'entre pas dans le champ d'application de la clause. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 novembre 2008 (63) en est une illustration. Cet arrêt statuait notamment sur la nullité d'un contrat de location-gérance. Toutes les conventions signées entre les parties comportaient une clause compromissaire, excepté le contrat de location-gérance. Ainsi, la juridiction étatique était compétente pour statuer sur la question de la nullité du contrat de location-gérance.

## C. Les voies de recours : l'exemple de la tierce opposition

**Trois décisions commentées : Cass. com., 10 mars 2009 (pourvois n°s 07-20719 et 07-20720) et Cass. com., 10 février 2009 (pourvoi n° 07-45220)**

**342** Les procédures collectives présentent des particularités procédurales concernant les voies de recours : certains jugements ou ordonnances sont insusceptibles de recours (64), d'autres ne sont susceptibles d'appel que de la part du ministère public (65). Des spécificités existent aussi concernant la tierce opposition.

Un des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 mars 2009 (66) illustre cette dernière particularité. Le franchiseur avait formé tierce opposition à la décision arrêtant le plan de cession du franchisé. La Cour d'appel avait déclaré le franchiseur irrecevable. La Cour de cassation rappelle que les jugements rendus sur tierce-opposition sont susceptibles des mêmes voies de recours que

[60] CA Paris, 23 octobre 2008, RG n° 06/09559.

[61] CA Paris, 27 janvier 2009, Juris-Data n° 2009-000536, RG n° 07/04313 : en l'espèce, la société avait pour activité la formation aux techniques de vente, selon des méthodes et des supports spécifiques qui faisaient l'objet d'une franchise. Mise en liquidation judiciaire, le contrat de franchise est résilié amiablement et les salariés sont licenciés. Postérieurement aux licenciements, le fonds de commerce de la société fait l'objet d'une cession et la société cessionnaire ne reprend que six des anciens salariés. C'est pourquoi les autres salariés demandent à ce que soit déclaré sans effet le licenciement prononcé par le liquidateur et de constater le refus de reprise de leur contrat par la société cessionnaire. La Cour d'appel considère que si en cas de transfert d'entité économique, les contrats de travail en cours subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, tel n'est pas le cas lorsque le transfert n'est que « partiel », la cession se limitant en l'espèce « au rachat de certains actifs ». En effet, l'offre en question prévoyant la résiliation amiable du contrat de franchise, avait pour conséquence le retour au franchiseur de ses droits de propriété intellectuelle qui revêtaient une grande importance au regard de l'activité exercée. Ainsi, la cession ne pouvait s'analyser comme la reprise intégrale de l'entité économique autonome constituée par l'ancienne société franchisée. En conséquence, la Cour d'appel approuve la société cessionnaire de ne pas avoir repris l'ensemble des contrats de travail.

[62] CA Colmar, 9 octobre 2008, RG n° 06/04294.

[63] CA Paris, 5 novembre 2008, RG n° 07/17215.

[64] C. com., art. L. 661-4 : « Les jugements ou ordonnances relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire ne sont pas susceptibles de recours ».

[65] C. com., art. L. 661-6 : « I. Ne sont susceptibles que d'un appel de la part du ministère public : 1) les jugements ou ordonnances relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts ; 2) les jugements statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation de l'activité. II. Ne sont susceptibles que d'un appel de la part du débiteur ou du ministère public, les jugements relatifs à la modification de la mission de l'administrateur. III. Ne sont susceptibles que d'un appel de la part soit du débiteur, soit du ministère public, soit du cessionnaire ou du cocontractant mentionné à l'article L. 642-7 les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise. Le cessionnaire ne peut interjeter appel du jugement arrêtant le plan de cession que si ce dernier lui impose des charges autres que les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation du plan. Le cocontractant mentionné à l'article L. 642-7 ne peut interjeter appel que de la partie du jugement qui emporte cession du contrat. IV. Ne sont susceptibles que d'un appel de la part du ministère public ou du cessionnaire, dans les limites mentionnées à l'alinéa précédent, les jugements modifiant le plan de cession. V. Ne sont susceptibles que d'un appel de la part du débiteur, de l'administrateur, du liquidateur, du cessionnaire et du ministère public les jugements statuant sur la résolution du plan de cession. VI. L'appel du ministère public est suspensif ».

[66] Cass. com., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-20720.

les décisions de la juridiction dont ils émanent. Les jugements arrêtant les plans de cession, comme c'est le cas en l'espèce, sont visés par l'article L. 623-6, II du Code de commerce (67). Or, l'article L. 623-7 du Code de commerce (68) dispose que les arrêts rendus en application des paragraphes II et III de l'article L. 623-6 ne sont susceptibles de pourvoi en cassation que de la part du ministère public. Ainsi, le franchiseur ne pouvait exercer de pourvoi en cassation concernant une telle décision. Ce recours est recevable uniquement en cas d'excès de pouvoir : il s'agit alors d'une tierce-opposition nullité. En l'espèce, le franchiseur avait invoqué l'excès de pouvoir

(69) parallèlement. Néanmoins, il invoquait un excès de pouvoir contre un jugement qui n'était pas celui dont il avait fait appel : son argument a donc été jugé inopérant.

**343** Les procédures collectives sont aussi, malgré tout, soumises à certaines règles du droit commun. Le recours en révision en constitue un exemple : comme en droit commun, le recours en révision exercé par le mandataire doit être communiqué au ministère public, ainsi que le rappelle un récent arrêt rendu le 10 février 2009 par la Cour de cassation (70).

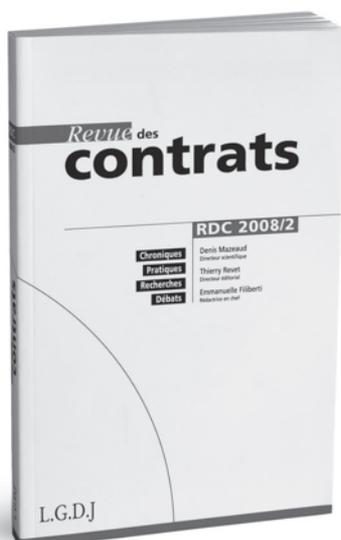
(67) Aujourd'hui art. L. 661-6, III.

(68) Aujourd'hui art. L. 661-7.

(69) Cass. com., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-20719.

(70) Cass. soc., 10 février 2009, pourvoi n° 07-45220.

# Revue des contrats



## Votre assurance tous risques en droit des contrats

civil • commercial • travail • sociétés • fiscal • famille • bourse • public • crédit • concurrence • consommation • médias • transports • europe • responsabilité • international

### Au sommaire

- **Chroniques** (commentaire doctrinal approfondi sur l'actualité législative et jurisprudentielle marquante)
- **Pratiques** (modèles de contrats, exemples de rédaction de stipulations contractuelles...)
- **Recherches**
- **Débats**

Un numéro spécial, publié en janvier, assure l'édition des actes du colloque annuel de la Revue.

Direction scientifique :  
Denis Mazeaud  
Thierry Revet

**4 numéros/an**  
dont 1 numéro spécial  
+ 1 invitation  
au colloque annuel

## ABONNEZ-VOUS

Informations complémentaires au 01 42 61 93 03  
[www.lextenso-editions.fr](http://www.lextenso-editions.fr)

**L.G.D.J.**

**lextenso** éditions

## LE CONTENTIEUX DU CONTRAT DE FRANCHISE (ÉLÉMENTS DE PROCÉDURE)

**344** Le franchiseur et le franchisé rencontrent, au moins potentiellement, des situations conflictuelles. Les unes se dénouent au terme de discussions, qui empruntent des chemins divers – telles que la médiation, la conciliation et parfois même la transaction —, dont l'objectif commun est de tenter de parvenir à un accord, de favoriser la commune intention des parties et, d'une certaine manière, parfois, l'intérêt commun du réseau. Les autres, inextricables ou plus tenaces — soit que les parties n'ont pu trouver un terrain d'entente, soit qu'elles n'ont pas même tenté de le faire —, donnent lieu à une véritable « judiciarisation » du conflit, intensifiée lorsque l'enjeu dépasse le seul litige considéré. Ces situations conflictuelles conduisent à la saisine — voulue, subie ou provoquée — du juge, étatique ou arbitral, dont le contrat de franchise aura souvent déterminé la compétence.

La jurisprudence à laquelle notre étude se consacre nous conduit à rappeler successivement certaines des règles spécifiques aux contentieux étatique (I) et arbitral (II).

### I. Contentieux étatique

**345** Il convient d'envisager les règles de procédures selon qu'elles sont communes à toutes les juridictions (A) ou qu'elles gouvernent la juridiction des référés (B).

#### A. Les règles communes à toutes les juridictions

Sept décisions commentées : CA Versailles, 3 décembre 2008 (RG n° 08/00229) ; Cass. com., 2 décembre 2008 (Juris-Data n° 2008-046125) ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008 (pourvoi n° 07-15823) ; Cass. com., 14 octobre 2008 (pourvoi n° 07-17791) ; CA Paris, 2 octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-374078) ; 1<sup>er</sup> octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-374080) ; TC Bordeaux, 26 septembre 2008 (RG n° 2006/F00673, inédit)

#### 1. Responsabilité contractuelle

**346** Il peut être dérogé aux règles légales de compétence des articles 42 et 43 du Code de procédure civile par une clause attributive de compétence territoriale, telle qu'envisagée à l'article 48 du même Code, aux termes duquel : « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles légales de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente ».

Les clauses attributives de compétence, visées à l'article 48 du Code de procédure civile, permettent donc de déroger aux règles légales de compétence. Les conditions de validité de ce type de clause ressortent du texte : elles ne peuvent être prévues qu'entre commerçants (1), elles doivent apparaître très clairement dans l'engagement des parties, et ne peuvent contrarier les règles de compé-

tence territoriale d'ordre public. Dans la mesure où elles dérogent aux règles légales de compétences territoriales, leur interprétation est stricte mais doit respecter la volonté des parties.

La clause attributive de compétence insérée dans le contrat de franchise peut prévoir — ce qui est souvent le cas en pratique — que la juridiction du ressort du siège social du franchiseur est compétente pour trancher les différends relatifs à la validité, l'exécution ou l'interprétation du contrat. Sauf à ce que l'objet du litige ne relève pas du champ d'application de la clause attributive de compétence, la juridiction du ressort du siège social du franchiseur sera compétente en pareil cas.

C'est ce que confirment, sans surprise, deux décisions récentes.

**347** Dans une espèce ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 1<sup>er</sup> octobre 2008 (2), le franchisé avait soulevé une exception d'incompétence en raison de la clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat de franchise en ces termes : « Tout différend découlant de l'exécution ou de l'interprétation du contrat sera, de convention expresse, soumis aux tribunaux du siège social du franchiseur ». Selon le franchisé, le litige ne relevait pas à proprement parler de « l'exécution ou de l'interprétation du contrat » au sens de cette clause. La Cour retient opportunément que, en l'espèce, « l'objet du contentieux opposant les parties est, d'une part, d'obtenir le paiement de sommes visées à l'article 18 du contrat, d'autre part, de solliciter la restitution des différents éléments liés à la franchise, et ce en application de l'article 19 de ladite convention relatif aux effets de la cessation des relations entre les intéressés », de sorte que le litige en cause avait bien trait à « la mise en œuvre de stipulations contractuelles » et entrait bien dans le champ d'application de la clause attributive de compétence litigieuse.

**348** De même, dans une espèce assez récente, ayant donné lieu au jugement rendu par le Tribunal de commerce de Bordeaux le 26 septembre 2008 (3), le franchisé avait assigné le franchiseur devant le Tribunal de commerce de Bordeaux, lieu d'exécution du contrat de franchise, pour manquement à son obligation pré-contractuelle d'information et pour résiliation abusive du contrat de franchise.

Le franchiseur avait alors soulevé une exception d'incompétence en raison de la clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat de franchise en ces termes : « Toutes les contestations entre les parties relatives à l'application, l'exécution ou l'interprétation du présent contrat non résolues à l'amiable dans le délai d'un mois à compter de la date de la survenance du litige, seront soumises aux tribunaux du siège social du franchiseur qui seront seuls compétents et ce, même en cas de pluralité d'instances ou de parties ou d'appel en garantie d'instances ou de parties ou d'appel en garantie. Cette clause s'appliquera également en matière de référé ».

(1) Sur cette question, v. Cass. com., 5 décembre 2006, Juris-Data n° 2006-036489.

(2) CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, Juris-Data n° 2008-374080, RG n° 06/10492.

(3) TC Bordeaux, 26 septembre 2008, RG n° 2006/F00673.

En réponse, le franchisé faisait valoir que la clause ne visant pas les litiges fondés sur la rupture ou la résiliation du contrat et ses suites elle était inapplicable en l'espèce. Il considérait également que les litiges relatifs aux pourparlers et à l'information pré-contractuelle étaient également exclus de son champ d'application. Le Tribunal écarte l'argumentation du franchisé en relevant, d'une part, que la rupture du contrat fait partie de la non-exécution par le franchisé de ses obligations contractuelles et, d'autre part, que l'information précontractuelle fait partie intégrante du contrat, lequel y fait expressément référence. Après s'être déclaré incompétent, le tribunal a renvoyé l'affaire devant le Tribunal de commerce désigné par la clause litigieuse.

**349** Ces solutions doivent être approuvées au risque, sinon, de vider de leur substance la plupart des clauses attributives de compétence. Ces décisions sont l'occasion de rappeler la nécessité d'apporter le plus grand soin à la rédaction des clauses attributives de compétence sous peine de se voir opposer une exception d'incompétence territoriale.

Aussi, il convient de faire état d'une décision rendue en matière de droit international privé (4). En l'espèce, un contrat avait été conclu entre une société française et une société américaine aux termes duquel il était stipulé que les juridictions de San Francisco seraient compétentes pour tout litige en découlant. Après avoir résilié le contrat, la société française est assignée par son ancien cocontractant américain devant les juridictions françaises pour abus de dépendance économique en application de l'article L. 442-6 du Code de commerce. La Cour d'appel écarte la clause attributive de compétence aux motifs « qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police ».

Ce raisonnement est censuré par la Cour de cassation qui relève que, compte tenu de sa généralité, la clause litigieuse doit être appliquée et ce, indépendamment de la détermination du fond du droit applicable au litige.

Il convient donc, en pratique, notamment lors de la rédaction de contrat de master-franchise, de prêter une attention particulière à la rédaction de la clause attributive de juridiction.

## 2. Responsabilité délictuelle

**350** En matière délictuelle, la victime peut saisir soit le tribunal du lieu où demeure le défendeur, soit « la juridiction du lieu du fait dommageable, ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a

été subi » en application de l'alinéa 2 de l'article 46 du Code de procédure civile (5).

Dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 2 octobre 2008 (6), le franchiseur, qui avait été indemnisé par un tribunal arbitral de son préjudice lié à la violation de la clause de non-réaffiliation par le franchisé, fut ensuite déclaré recevable à engager la responsabilité délictuelle du cessionnaire, sur le fondement de la concurrence déloyale.

Une décision analogue a été rendue le 2 décembre 2008 par la chambre commerciale de la Cour de cassation (7).

Il convient de faire état d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 3 décembre 2008 (8), lequel se prononce sur la question de savoir quel est le juge compétent pour statuer sur la réparation du préjudice subi en raison de la rupture brutale et abusive par deux salariés des pourparlers contractuels engagés pour la conclusion d'un contrat de franchise. En l'espèce, la conclusion d'un contrat de franchise avait été projetée entre deux salariés et leur employeur en vue de la création d'un supermarché. Les deux salariés concernés ont abandonné ce projet et l'ont soumis au concurrent direct de leur employeur.

Ce dernier les licencie pour violation de l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi du contrat de travail, ainsi que pour les actes de concurrence déloyale commis dans le cadre et à l'issue des pourparlers, et attrait les deux anciens salariés devant le Tribunal de grande instance de Versailles pour obtenir réparation du préjudice qui lui a été causé par ces mêmes faits. Les anciens salariés soulèvent alors l'incompétence du Tribunal de grande instance pour connaître de ce litige, au profit du Conseil de prud'hommes. Toutefois, le juge de la mise en état rejette l'exception d'incompétence soulevée, considérant dans son ordonnance que l'existence d'une rupture dommageable de pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat de franchise est étrangère aux contrats de travail liant les parties. Les deux anciens salariés font alors appel de cette ordonnance, soutenant que le Conseil de prud'hommes est compétent pour connaître des litiges nés à l'occasion du contrat de travail, qu'ils soient en lien direct avec le contrat ou nés à l'occasion de ce contrat, et que les griefs formulés à leur encontre sont relatifs à des faits survenus antérieurement à la rupture de leur contrat de travail et qui sont les mêmes que ceux qui ont motivés leur licenciement.

La Cour d'appel de Versailles infirme alors l'ordonnance rendue considérant que « la soumission et l'exécution des obligations réciproques nées d'un contrat passé entre un salarié et son employeur, autre que le contrat de travail, ne peuvent s'apprécier qu'au regard

(4) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15583.

(5) CPC, art. 46, al. 2 : « Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : [...] — en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi [...] ».

(6) CA Paris, 2 octobre 2008, RG n° 05/2129 ; Juris-Data n° 2008-374078 : en l'espèce, le cessionnaire s'était rendu complice de la violation de la clause de non-réaffiliation par le franchisé, en ayant conclu avec lui, bien qu'ayant été informé par le cédant de la société franchisée de l'existence de la clause, un accord commercial visant à l'utilisation de son enseigne par le franchisé.

(7) Cass. com., 2 décembre 2008, pourvois n°s 07-17539 et 07-19201, Juris-Data n° 2008-046125.

(8) CA Versailles, 3 décembre 2008, RG n° 08/00229.

de l'existence préexistante du contrat de travail et du lien de subordination qu'il induit ».

Ainsi, la contestation indemnitaire sur la rupture des pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat de franchise, étant née à l'occasion et pendant le travail, relève de la compétence du Conseil de prud'hommes.

### 3. Aveu judiciaire

**351** Le 14 octobre 2008 (9), la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à connaître d'une affaire concernant la preuve du montant de la créance déclarée par le franchiseur dans le cadre du redressement judiciaire du franchisé.

En l'espèce, le franchiseur avait déclaré une créance auprès du juge-commissaire, mais la Cour d'appel de Versailles n'avait admis ladite créance qu'en partie. En effet, le franchiseur n'apportait pas, selon la Cour, la preuve de l'intégralité de la créance qu'il alléguait. En particulier, la Cour estimait que l'intention du franchiseur de renouveler le contrat arrivé à terme au 31 décembre 2004 n'avait pas été dépourvue d'équivoque. Aussi, le montant des redevances impayées jusqu'au terme initial du contrat était rejeté. La décision de la Cour d'appel est cassée par la Cour de cassation pour n'avoir pas répondu à l'argument du franchiseur selon lequel le franchisé avait, devant le juge-commissaire, fait l'aveu judiciaire qu'il était débiteur à son égard d'une somme précise.

**352** Cet arrêt est l'occasion de rappeler que la preuve d'un contrat commercial, comme celle d'un contrat civil, peut résulter notamment d'un aveu. Ainsi, au terme de l'article 1356 du Code civil, l'aveu judiciaire désigne « la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. Il ne peut être divisé contre lui. Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit ».

Reste à connaître la force probante de cet aveu judiciaire devant les juges du fond. Certains ont pu admettre l'existence de l'aveu judiciaire dans les conclusions d'appel, néanmoins il semblerait que cette opinion ne soit que peu suivie, à la fois par la doctrine et la jurisprudence. On comprend alors que la Cour de cassation souligne, dans l'espèce du 14 octobre 2008, non pas qu'il y avait bien un aveu judiciaire, mais que les juges du fond auraient dû rechercher et vérifier l'existence d'un tel aveu probant et recevable au regard des critères énoncés par l'article 1356 du Code civil et en tirer les conséquences, le cas échéant.

On soulignera cependant que l'aveu est indivisible, de sorte que si le franchisé avoue à la fois être le débiteur d'une somme envers le franchiseur mais également en avoir d'ores et déjà remboursé une partie, le franchiseur ne pourra pas diviser ces déclarations pour ne retenir que celle qui lui est la plus favorable.

On le voit, l'aveu judiciaire du franchisé constitue, lorsque le franchiseur peut s'en prévaloir, une preuve très utile, notamment au regard de la détermination de l'intégralité de la créance de ce dernier.

Il revient cependant à l'appréciation des juges du fond d'accorder ou non la qualité d'aveu judiciaire aux déclarations du franchisé. Il convient donc que le franchiseur, afin d'éviter tout aléa dans la reconnaissance de ses créances, veille à se ménager d'autres preuves, non équivoques, de la continuation de son contrat avec le franchisé ainsi que du montant des obligations de ce dernier.

### 4. Action du liquidateur

**353** L'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 16 décembre 2008 (10) rappelle que la demande de requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié et ne peut être exercé par les organes de la procédure collective ; autrement dit, le liquidateur ne peut exercer cette action lui-même.

En l'espèce, sollicitant la requalification de contrats de franchise en contrat de travail, le liquidateur faisait grief aux juges du fond d'avoir écarté l'argument selon lequel « les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine [sont] exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur » et qu'en conséquence ledit liquidateur pouvait « exercer l'action en requalification du contrat de franchise en contrat de travail, une telle action concernant le patrimoine du débiteur ». La Cour de cassation approuve la Cour d'appel au motif que « la demande en requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié et ne peut être exercé par les organes de la procédure collective ».

### B. Les règles inhérentes à la juridiction des référés

**354** En matière commerciale, le juge des référés peut être compétent en application des articles 872 (11), 873 (12) et 145 (13) du Code de procédure civile. Ces textes sont d'application fréquente en matière de franchise.

Un développement préalable doit être réservé à la question de la compétence du juge des référés lorsque le franchisé est en liquidation judiciaire (1.). On examinera ensuite les mesures pouvant être

[9] Cass. com., 14 octobre 2008, pourvoi n° 07-17791.

[10] Cass. soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 06-46105.

[11] CPC, art. 872 : « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

[12] CPC, art. 873 : « Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite [al. 1<sup>er</sup>]. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire [al. 2] ».

[13] CPC, art. 145 : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

ordonnées en référé et les conditions nécessaires à leur mise en œuvre (2.).

## 1. La compétence du juge des référés lorsque le franchisé est en difficulté financière

Une décision commentée : CA Rouen, 21 octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-006444)

**355** La rapidité et la simplicité de la procédure en référé rendent cette voie très attractive pour obtenir une décision exécutoire. Si les pouvoirs du juge des référés sont étendus, il n'en reste pas moins qu'il convient de s'assurer qu'un autre juge ne dispose pas d'une compétence exclusive pour statuer.

On a vu, l'an passé (14), que si le juge commissaire dispose d'une compétence exclusive, l'intervention du juge des référés reste toutefois possible lorsque la demande ne se rapporte pas directement au cœur de la compétence du juge spécialisé.

**356** Par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen le 21 octobre 2008 (15), il a été jugé que la clause de conciliation, mise en œuvre par les parties au contrat de franchise, n'empêche pas le franchisé de saisir le juge des référés, dès lors que la situation d'urgence est caractérisée, le franchisé se trouvant dans une situation financière telle que la survie de son entreprise est en jeu. Ainsi, le juge des référés demeure-t-il compétent par application des articles 872 et 873 du Code de procédure civile.

## 2. Les pouvoirs du juge des référés

**357** Les décisions objets de la présente étude nous conduisent à examiner les mesures ordonnées sur le fondement des articles 873 (a) et 145 (b) du Code de procédure civile.

### a) Les mesures ordonnées sur le fondement de l'article 873 du Code de procédure civile

**358** Aux termes de l'article 873, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile, le juge des référés est compétent pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite. Dès lors qu'est établi un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite, le juge des référés a le pouvoir de prononcer toutes les mesures conservatoires et de remise en état qui s'imposent.

### a) Notions de « dommage imminent » et de « trouble manifestement illicite »

#### • Le dommage imminent

**359** Saisi sur le fondement de l'article 873, alinéa 1<sup>er</sup>, le juge des référés a le pouvoir de prescrire toutes les mesures qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent et ce, même en cas de contestation sérieuse.

#### • Le trouble manifestement illicite

**360** L'article 873, alinéa 2 du Code de procédure civile confère également au juge des référés le pouvoir d'ordonner les mesures qui s'imposent pour faire cesser un « trouble manifestement illicite ». Le trouble manifestement illicite est constitué par toute sorte d'événement mettant en péril les droits de l'une ou l'autre des parties au contrat de franchise.

**361** Ainsi que le rappelle une décision rendue par la Cour d'appel d'Angers le 17 juin 2008 (16), un tel trouble est constitué lorsque l'ancien franchisé a violé son obligation de non-affiliation ou l'obligation lui faisant interdiction de vendre des marchandises dont les marques sont liées à l'enseigne sous le nom de laquelle il exerçait précédemment son activité.

### β) Les pouvoirs du juge des référés

Quatre décisions commentées : Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 mars 2009 (Juris-Data n° 2009-047278) ; 5 mars 2009 (Juris-Data n° 2009-047283) ; CA Nancy, 22 octobre 2008 (RG n° 08/01894) ; CA Toulouse, 2 juillet 2008 (RG n° 08/01759, inédit) ; CA Angers, 17 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-369035)

**362** Dès lors qu'est établi un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite, le juge des référés a le pouvoir de prononcer toutes les mesures conservatoires et de remise en état qui s'imposent. On le sait, parmi ces mesures, peuvent être prononcés notamment le rétablissement de l'enseigne du franchiseur (17), le respect de l'assortiment minimum (18), le retrait des produits concurrents (19), l'interdiction de commercialisation (20), etc.

*(14) CA Paris, 21 septembre 2007, Juris-Data n° 2007-351274 : en l'espèce, le franchisé avait subi une mesure de liquidation judiciaire. Le jugement prononçant la liquidation judiciaire avait autorisé la poursuite de l'activité pour une durée de deux mois et nommé un liquidateur judiciaire. Le franchiseur avait alors sollicité en référé la restitution du matériel et le paiement à titre de provision des sommes dues au titre de la poursuite du contrat de franchise. Le juge des référés avait alloué la provision mais s'était déclaré incompétent en ce qui concerne la demande de restitution du matériel. La Cour d'appel infirme partiellement l'ordonnance et retient la compétence du juge des référés tant en ce qui concerne la restitution du matériel que le paiement de la provision sollicitée au titre des redevances dues pour la poursuite du contrat de franchise. V. aussi, Sur la question de la compétence subsidiaire du juge des référés, plusieurs décisions qui avaient admis que « la compétence donnée au juge-commissaire (...) pour constater la résiliation de plein droit des contrats poursuivis après l'ouverture de la procédure collective n'excluait pas la compétence du juge des référés, appelé à statuer en application de la clause résolutoire insérée au bail et de l'article 25 du décret du 30 septembre 1953, indépendamment du déroulement de la procédure collective, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision » (Cass. com., 10 juillet 2001, Bull. civ. IV, n° 133 ; 25 janvier 1994, Bull. civ. IV, n° 36).*

*(15) CA Rouen, 21 octobre 2008, Juris-Data n° 2008-006444.*

*(16) CA Angers, 17 juin 2008, RG n° 07/02209 ; Juris-Data n° 2008-369035.*

*(17) CA Douai, 28 juin 2007, RG n° 06/03867, inédit ; CA Pau, 8 novembre 2007, RG n° 06/00935, inédit.*

*(18) CA Pau, 8 novembre 2007, RG n° 06/00935, inédit.*

*(19) CA Pau, 8 novembre 2007, RG n° 06/00935, inédit.*

*(20) CA Colmar, 12 février 2008, RG n° 06/05059, inédit.*

La Cour d'appel de Nancy a pu rappeler que le dommage imminent, ainsi que le trouble manifestement illicite doivent être caractérisés ; en l'espèce, une société avait violé son contrat de distribution sélective en transférant sans autorisation son point de vente ; elle demandait néanmoins à ce que le contrat qu'elle avait signé se poursuive et qu'il soit imparté à la société cocontractante de poursuivre son approvisionnement, sous peine d'astreintes. La société demanderesse est déboutée, faute de remplir les conditions édictées aux articles 872 et 873 du Code de procédure civile (21).

**363** La décision rendue par la Cour d'appel d'Angers le 17 juin 2008 (22), illustre la caractérisation du trouble manifestement illicite en raison de la violation par l'ancien franchisé de l'engagement post-contractuel souscrit envers le franchiseur. En effet, la Cour approuve la mesure d'interdiction de commercialisation de produits faite par le franchisé en méconnaissance de la clause ainsi rédigée : « En cas de cessation du présent contrat pour quelque cause que ce soit et notamment en cas de résiliation, le franchisé s'oblige (...) à ne pas utiliser (...) toute enseigne concurrente existante (...) et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à cette enseigne, ceci dans un territoire délimité à l'article 4 du présent contrat ».

**364** Les mesures prononcées en référé sont le plus souvent assorties d'une astreinte qui, au besoin, sera liquidée.

Les conditions dans lesquelles l'astreinte peut être liquidée sont encadrées par l'article 36 de la loi du 9 juillet 1991, selon lequel « le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. Le taux de l'astreinte définitive ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère » (23).

Lorsqu'un franchisé ne respecte pas les termes de la décision ayant ordonné l'astreinte, le franchiseur peut saisir le juge de l'exécution

(communément dénommé le « jex ») d'une demande en fixation et/ou liquidation de l'astreinte. Comme l'an passé (24), des décisions récentes consacrent cette situation, qui peut donner lieu à de sévères condamnations au besoin, en témoigne une décision rendue par la Cour d'appel de Toulouse le 2 juillet 2008 (25).

Lorsqu'il s'agit d'ordonner l'exécution d'obligations découlant du contrat de franchise, une distinction s'impose. S'agissant des obligations en vigueur pendant la durée du contrat, l'astreinte ne peut concerner que la période antérieure à son terme ou à sa résiliation, ainsi qu'il ressort d'une décision rendue le 5 mars 2009 par la Cour de cassation (26). S'agissant des obligations post-contractuelles, l'astreinte peut être ordonnée pendant toute la durée de l'obligation considérée.

## b) Les mesures ordonnées sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile

**Deux décisions commentées : Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars 2009 (pourvoi n° 08-14778) et CA Paris, 7 novembre 2008 (RG n° 08/06609, Juris-Data n° 2008-374992)**

**365** Préalablement à tout procès, il peut être utile d'obtenir, au besoin sous astreinte, le prononcé de mesures d'instruction afin de recueillir les preuves dont dépendra l'issue du litige (27). Selon l'article 145 du Code de procédure civile : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

Dans tous les cas, trois conditions cumulatives sont requises ; le demandeur doit en effet :

— agir avant tout procès (28) ;

[21] CA Nancy, 22 octobre 2008, RG n° 08/01894.

[22] CA Angers, 17 juin 2008, RG n° 07/02209 ; Juris-Data n° 2008-369035.

[23] Il va de soi que l'injonction est prononcée in personam [Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 mars 2009, Juris-Data n° 2009-047283 : « Qu'en statuant ainsi, alors que la société X n'était pas partie à l'instance en référé et qu'il ne pouvait lui être imputé à faute la violation d'une obligation qui n'avait pas été mise à sa charge, la Cour d'appel a vidé le texte susvisé »].

[24] CA Pau, 8 novembre 2007, RG n°s 06/00105, 06/00106, 06/00935, 06/00575 et 06/03377 [cinq arrêts inédits] : à la suite de l'action en référé du franchiseur, le franchisé s'était vu contraint de réapposer l'enseigne et de respecter l'obligation d'assortiment minimum prévue au contrat de franchise dont le juge ordonna le respect jusqu'à son terme. La Cour d'appel fait droit à la demande en liquidation de l'astreinte après avoir examiné les conditions de l'article 36 de la loi du 9 juillet 1991 et conclu à l'absence de difficultés matérielles quant à l'obligation de respecter l'assortiment minimum prévue au contrat de franchise.

[25] CA Toulouse, 2 juillet 2008, RG n° 08/01759, inédit [pour une condamnation supérieure à 500.000 €].

[26] Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 mars 2009, Juris-Data n° 2009-047278 : « Qu'en statuant ainsi, alors que la sentence arbitrale avait constaté la résiliation du contrat à une date antérieure à celle de la décision ordonnant l'astreinte, la Cour d'appel a violé [CPC, art. 1476] ».

[27] Ces mesures peuvent être requises par le demandeur de manière contradictoire ou non contradictoire. Dans le premier cas, le demandeur agira par voie d'assignation, au risque de se heurter à la pertinence des arguments que son adversaire lui opposera. Dans le second cas, le demandeur agira par voie de requête, à l'insu de son adversaire ; cette dernière voie paraît plus séduisante pour le demandeur qui s'épargne ainsi un débat contradictoire, mais elle comporte une double exigence supplémentaire : le demandeur doit justifier de l'urgence et des circonstances exigeant que les mesures prescrites ne soient pas prises contradictoirement [Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 mai 2008, pourvois n°s 07-14858, 07-14857 et 07-14860].

[28] L'utilisation de l'article 145 du CPC est exclue lorsqu'une procédure au fond est déjà ouverte devant le juge étatique : CA Paris, 3 mai 2006, Juris-Data n° 2006-300894 ; ou devant le tribunal arbitral : Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 25 avril 2006, pourvoi n° 05-13749.

- démontrer l'utilité de sa demande (29) ;
- établir un motif légitime.

**366** S'agissant de cette troisième condition — l'existence d'un motif légitime — elle peut résider, par exemple, dans la nécessité pour le franchiseur d'obtenir la communication par le franchisé de documents relatifs à la mise en location-gérance de son fonds de commerce pour établir la violation de son droit de préférence (30). Quel que soit le motif invoqué, l'appréciation par le juge du caractère légitime de la demande tient compte du temps écoulé entre la date de la demande et celle de la situation qu'il y a lieu de corriger (31).

Cette appréciation relève du pouvoir souverain du juge du fond, dans l'exercice duquel la Cour de cassation n'entend pas s'immiscer, ainsi qu'il ressort d'un arrêt rendu le 19 mars 2009 par la Cour de cassation (32).

La mesure d'instruction sollicitée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile est assortie d'astreinte lorsqu'il y a lieu d'inciter la partie à s'exécuter dans les meilleurs délais. Toute difficulté relative à la liquidation de l'astreinte est soumise au juge de l'exécution, dont la compétence est limitée. Ainsi, la Cour d'appel de Pau a pu rappeler : « le juge de l'exécution connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée mais il n'a pas à ajouter à la décision servant de fondement à la procédure d'exécution » (33).

### III. Contentieux arbitral

**367** À la différence de nos précédentes éditions, qui avaient permis d'identifier un nombre important de décisions rendues en matière de franchise relativement au contentieux arbitral, la période couverte par la présente étude ne permet pas d'effectuer de longs développements, encore moins de cerner une quelconque évolution.

On rappellera les solutions rendues relativement aux cas d'ouverture du recours en annulation des sentences arbitrales (A) et à l'opposabilité des dites sentences (B).

#### A. Les cas d'ouverture du recours en annulation dirigé contre une sentence arbitrale

Sept décisions commentées : CA Paris, 9 octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-006484) ; 25 septembre 2008 (RG n°s 07/01049, 07/01252 et 07/01253) ; 11 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-372386) ; 5 juin 2008 (RG n° 07/10286) et 5 juin 2008 (RG n° 07/10353)

**368** On le sait, le législateur a limitativement énuméré à l'article 1484 du Code de procédure civile les six hypothèses d'ouverture du recours en annulation des sentences arbitrales (34) afin de les préserver de recours formés pour des motifs futiles. Les décisions objets de la présente étude permettent d'envisager chacune des ces hypothèses :

- si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ;
- lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- dans tous les cas de nullité prévus à l'article 1480 du Code de procédure civile (défaut de motivation, défaut de mentions relatives au nom des arbitres et à la date de la sentence, et défaut de signature) ;
- si l'arbitre a violé une règle d'ordre public.

**369** Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 9 octobre 2008 (35) rappelle que la nullité de l'acte de mission ne relève pas des cas d'ouverture du recours en annulation limitativement énumérés à l'article 1484 du Code de procédure civile.

**370** Les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un recours en annulation en cas de violation du principe de la contradiction.

Ainsi, viole le principe de la contradiction, le tribunal arbitral qui, sans convoquer ni inviter les parties à présenter leurs observations, décide d'office, sous couvert de rectification d'erreur matérielle, d'abaisser le montant des dommages et intérêts auquel l'une des parties avait été

[29] Cette condition n'est pas remplie lorsque des moyens de preuve existent déjà ou qu'il ne paraît pas possible d'en découvrir de nouveaux ; il en va ainsi de la demande de désignation d'un expert formée par le franchisé en vue d'établir la responsabilité du franchiseur lui ayant communiqué des chiffres d'affaires prévisionnels qui, selon lui, non réalisés par la suite avaient entraîné des pertes financières importantes et la vente du commerce, dès lors qu'il n'apparaît pas que puisse être révélé par l'expertise un fait dont pourrait dépendre la solution d'un litige : CA Douai, 18 mai 1995, Juris-Data n° 1995-043368.

[30] Cass. com., 14 février 2006, pourvoi n° 05-13127.

[31] CA Paris, 7 novembre 2008, RG n° 08/06609 ; Juris-Data n° 2008-374992 ; v. aussi CA Agen, 19 juin 2006, Juris-Data n° 2006-317692.

[32] Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars 2009, pourvoi n° 08-14778 : « Mais attendu qu'ayant, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis par la société X, retenu, par une décision motivée, que celle-ci ne caractérisait pas le litige potentiel qu'elle invoquait, de sorte qu'elle ne justifiait pas d'un motif légitime au sens de l'article 145 du CPC, la Cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision » ; CA Paris, 7 novembre 2008, RG n° 08/06609, Juris-Data n° 2008-374992.

[33] CA Pau, 19 mai 2008, RG n° 07/3767, inédit.

[34] Cette règle est d'application générale ; elle vaut également pour les sentences rendues en amiable composition (Cass. com., 17 janvier 2006, Bull. civ. IV, n° 9, Juris-Data n° 2006-031799).

[35] CA Paris, 9 octobre 2008, RG n° 06/14539 ; Juris-Data n° 2008-006484 : en l'espèce, une société de restauration rapide avait confié à une société marocaine l'implantation et le développement de son enseigne au Maroc et a conclu avec elle deux contrats de franchise portant sur l'ouverture de deux restaurants, respectivement à Casablanca et à Rabat. À la suite de la résiliation des trois contrats par la société de restauration, la société marocaine avait mis en œuvre la clause compromissoire insérée dans les trois contrats. Les arbitres ayant rendu une sentence à Paris en faveur de la société de restauration, la société marocaine a saisi la Cour d'appel de Paris d'un recours en annulation en arguant de la nullité de l'acte de mission. Le recours en annulation est rejeté, un tel argument ne relevant pas de l'article 1484 du Code de procédure civile.

condamnée par une première sentence arbitrale (36). En revanche, comme le rappelle l'arrêt rendu le 11 septembre 2008 par la Cour d'appel de Paris (37), les arbitres statuent au vu des éléments de droit et de fait dont les parties sont amenées à débattre de manière contradictoire, et n'ont pas l'obligation, avant de rendre leur sentence, de soumettre à la discussion des parties le raisonnement juridique déduit des arguments de celles-ci.

La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de rappeler, dans deux arrêts rendus le 5 juin 2008 (38), que le recours en annulation tiré de la violation par les arbitres d'une règle d'ordre public est strictement encadré. Ainsi, elle rappelle, à juste titre, qu'il faut que soit démontrée une violation « flagrante, effective et concrète d'une règle d'ordre public ». Or, en l'espèce, les parties se bornaient en réalité à critiquer leur motivation pour tenter d'obtenir une révision au fond de la sentence. Enfin, par trois arrêts rendus le 25 septembre 2008 (39), la Cour d'appel de Paris, saisie de trois recours en annulation contre une sentence arbitrale a eu l'occasion de rappeler les modalités d'appréciation de chacune des six hypothèses d'annulation d'une sentence arbitrale, envisagées par l'article 1484 du Code de procédure civile.

## B. L'opposabilité des sentences arbitrales

**Quatre décisions commentées : Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 juin 2009 (pourvoi n° 08-11159) ; 5 mars 2009 (pourvoi n° 08-12172) ; Cass. com., 2 décembre 2008, pourvois n°s 07-17539 et 07-19201 ; Juris-Data n° 2009-046125)**

**371** Les sentences arbitrales sont opposables aux tiers.

La solution, bien connue (40), a été consacrée pour la première fois à notre connaissance en matière de cautionnement (41), avant d'être reprise dans d'autres domaines du droit (42). Elle trouve à s'appliquer toutes les fois qu'un litige met en présence une relation à trois personnes.

**372** La solution est régulièrement consacrée en matière de franchise.

Par un arrêt de cassation rendu le 23 janvier 2007, distinguant les notions de chose jugée et d'opposabilité (43), la chambre commerciale retenait en effet : « si une sentence n'a autorité de la chose jugée qu'en égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers » (44).

De même, par un arrêt rendu le 2 décembre 2008 (45), rendu au visa des articles 1351 du Code civil et 1476 du Code de procédure civile, la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle que toute « sentence arbitrale est opposable aux tiers, même lorsque les arbitres, en tant qu'amiables compositeurs, ont statué en équité ».

Enfin, deux arrêts rendus au visa de l'article 1476 du Code de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation sanctionnent la Cour d'appel d'avoir prononcé la liquidation de l'astreinte à une date postérieure à celle de la sentence arbitrale ayant constaté la résiliation du contrat de franchise (46).

[36] V. pour une illustration, CA Caen, 23 novembre 2006, RG n° 05/0314, inédit.

[37] CA Paris, 11 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-372386

[38] CA Paris, 5 juin 2008, RG n° 07/10286 ; 5 juin 2008, RG n° 07/10353.

[39] CA Paris 25 septembre 2008, RG n° 07/01049 ; 25 septembre 2008, RG n° 07/01252 ; 25 septembre 2008, RG n° 07/01253.

[40] V. sur l'ensemble de la question, E. Loquin, Arbitrage et cautionnement, Rev. arb. 1994, p. 235, spéc. p. 248.

[41] V. en matière de cautionnement : CA Paris, 4 janvier 1960, Rev. arb. 1960, p. 122 ; CA Paris, 21 mai 1964, D. 1964, p. 602.

[42] V. aussi, en matière de garantie à première demande, Cass. com., 20 décembre 1982, Rev. arb. 1984, p. 477 ; v. en matière de stipulation pour autrui, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1988, Rev. arb. 1989, p. 51.

[43] Les deux notions sont totalement distinctes : l'autorité de la chose jugée produit ses effets entre les parties et permet donc à une partie à l'instance arbitrale d'invoquer la sentence pour la faire exécuter ; en revanche, l'opposabilité produit ses effets à l'égard des tiers et permet donc à un plaideur de se prévaloir d'une sentence rendue dans un litige distinct.

[44] Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2007, Juris-Data n° 2007-037125 : C'est alors que s'est posée la question de l'autorité de la chose jugée ou de l'opposabilité de la sentence rendue à l'issue de l'instance opposant le premier franchiseur et son franchisé. Pour juger que le contrat de franchise avait pris fin à la date à laquelle le franchisé avait cédé son fonds de commerce au franchiseur concurrent — alors que le juge étatique avait jugé que le contrat de franchise avait été prorogé — et qu'aucune faute de ce dernier n'était donc démontrée à l'égard du demandeur, la Cour d'appel a considéré que la sentence arbitrale n'avait autorité de la chose jugée qu'entre les parties et que l'objet du litige était en outre distinct de celui du litige arbitral. Mais c'était confondre l'autorité de la chose jugée et l'opposabilité de la sentence arbitrale.

[45] Cass. com., 2 décembre 2008, pourvois n°s 07-17539 et 07-19201, Juris-Data n° 2008-046125.

[46] Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 juin 2009, pourvoi n° 08-11159 ; 5 mars 2009, pourvoi n° 08-12172.

## INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

**A****Abus :**

- exclusivité d'enseigne, 122
- fixation du prix des fournitures (*v. prix imposés*)
- obligation d'approvisionnement, 119 à 121, 135 à 138, 229, 235
- refus d'agrément, 303 et 312
- rupture de pourparlers, 34 à 39
- signes distinctifs, 275 à 280

**Agrément :** (étude d'ensemble, 311 à 312)

- accord du franchiseur, 312
- refus du franchiseur, 312
- validité, 311

**Amiable composition :** 372**Approvisionnement exclusif :** (étude d'ensemble : 135 à 139)

- clause d'approvisionnement exclusif, 135
- faute du franchisé, 136
- faute du franchiseur, 137
- obligation d'approvisionnement, 119 à 121, 136, 138 et 159
- validité, 137

**Arbitrage :** (étude d'ensemble, 367 à 372)

- recours en annulation contre une sentence arbitrale, 368 à 370
- clause attributive de juridiction, 347 à 349
- violation du principe de la contradiction, 370

**B****Bonne foi :**

- devoir de loyauté, 225 à 227 et 229 à 234
- obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, 35, 150 et 151
- obligation de contracter de bonne foi, 35
- résiliation amiable du contrat (*v. résiliation par consentement mutuel*)

**Budget prévisionnel** (*v. comptes prévisionnels*)**C****Cause :** (étude d'ensemble, 94 à 101)

- existence du savoir-faire, 95 à 98
- notion, 94
- transmission du savoir-faire, 99
- prescription de l'action pour absence de cause, 101
- signes distinctifs, 100 et 101

**Caution :**

- disparition du contrat de cautionnement, 191
- en cas de prorogation du contrat de franchise, 198 et 199
- nullité du cautionnement, 87
- mise en œuvre du cautionnement, 335
- mise en œuvre de la responsabilité de la caution, 335
- moyens de défense de la caution, 336
- responsabilité du dirigeant en tant que caution, 153 à 156

**Cession du contrat de franchise :** (étude d'ensemble, 299 à 317)

- clause d'agrément (*v. ce mot*)
- conséquences de la cession, 306 à 309
- modalités de la cession, 301 à 305
- réseau, 304
- responsabilité du franchisé et du tiers acquéreur, 316 et 317
- substitution du franchisé, 310 à 317

**Cession du fonds de commerce :**

- accord du franchiseur (*v. ce mot*)
- clause de préférence (*v. ce mot*)
- clause d'agrément (*v. ce mot*)
- refus du franchiseur, 310 à 312

**Clause compromissoire :** (*v. procédures collectives*)**Clause d'agrément :** (*v. agrément*)**Clause d'approvisionnement :** (*v. approvisionnement*)**Clause d'exclusivité :** (*v. exclusivité*)**Clause de non-concurrence et de non-réaffiliation :** (*v. non-concurrence et non-réaffiliation*)**Clause de préférence :** (*v. préférence*)**Clause de fixation des prix :** (*v. prix*)**Clause pénale :** (étude d'ensemble, 257 à 268)

- caractères de la clause pénale, 258 à 261
- charge la preuve du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la clause, 268
- révision judiciaire, 262 à 267

**Clause internet :** (*v. internet*)**Clause relative aux signes distinctifs :**

- concernant les obligations post-contractuelles du franchisé, 275 à 280
- concernant les obligations post-contractuelles du franchiseur, 122 à 127
- responsabilité du tiers auteur d'une atteinte aux signes distinctifs, 167 à 170

**Commission-affiliation :** 4 à 7

**Compétence :**

- compétence territoriale, 346 à 349
- compétences en matière de référé, 355 et 356

**Comptes prévisionnels :**

- auteur, 58 à 61
- caractère erroné, 62 à 65
- charge de la preuve, 58 et 59
- notion, 57
- obligation de se renseigner du franchisé, 63
- tromperie du franchisé, 66

**Concept : 95 à 97, 168 à 170****Concurrence déloyale : 168 à 170, 279****Consentement : (étude d'ensemble, 44 à 93)**

- cause (*v. ce mot*)
- dol, 67 à 71
- charge de la preuve de la violation de l'obligation d'information, 72 à 76
- charge de la preuve en cas de vice du consentement, 77 à 85
- notion, 44
- obligation légale d'information précontractuelle, 47 à 56
- sanction de la violation de l'obligation légale d'information précontractuelle, 86 à 93
- vice du consentement, 79 à 85

**Contentieux : (étude d'ensemble, 344 à 372)**

- dommage imminent, 359
- juridiction des référés, 354 à 366
- loi applicable au contrat, 346 à 349
- mesures de référés, 365 et 366
- trouble manifestement illicite, 360 et 361

**Contrat de concession : 8 et 9****Contrat de franchise :**

- cession par le franchisé, 310 à 317
- cession par le franchiseur, 300 à 309
- distinction avec les contrats voisins issus du droit commercial, 3 à 9
- distinction avec le contrat de travail, 11 à 20
- exécution, 103 à 186
- extinction, 187 à 298
- formation, 32 à 102
- nullité, 86 à 88
- preuve, 40 à 42
- renouvellement, 188 à 191
- société créée de fait, 10

**Contrat de travail : (étude d'ensemble : 11 à 31)**

- application des règles du Code du travail, 21 à 31
- requalification du contrat de franchise, 12 à 20
- subordination, 19 et 20

**Contrat de vente : 2 et 314****Contrefaçon : 167 à 170 et 278 à 280****D****Document d'information précontractuel (DIP) :**

- charge de la preuve, 72 à 76
- délai légal de vingt jours, 50 et 51
- obligation légale précontractuelle, 47 à 56

**Dol :**

- nature, 82 et 83
- charge de la preuve, 84 et 85

**E****Employeur : (*v. contrat de travail*)****Enseigne :**

- enseigne concurrente, 283, 286, 289, 290, 298
- exclusivité d'enseigne, 122 et 124
- clause de non-réaffiliation (*v. non-réaffiliation*)
- trouble manifestement illicite, 360 et 361

**Erreur :**

- charge de la preuve, 84 et 85
- comptes prévisionnels (*v. ce mot*)
- consistance, 82 et 83

**État du marché : (*v. marché*)****Étude de marché : (*v. marché*)****Exclusivité :**

- cumul, 122
- d'approvisionnement (*v. ce mot*)
- de fournitures, 122
- d'enseigne, 122
- territoriale, 122 à 127

**Expertise « *in futurum* » : 365 et 366****F****Fonds de commerce :**

- cession (*v. ce mot*)
- clause d'agrément (*v. ce mot*)

- clause de préférence (*v. ce mot*)

**Fournitures :**

- approvisionnement (*v. ce mot*)
- exclusivité (*v. ce mot*)

---

**I**

**Indemnisation :** (étude d'ensemble, 243 à 268) :

- clause pénale (*v. ce mot*)
- dommages et intérêts, 249 à 256
- manque à gagner, 250
- paiement des redevances, 253 et 254
- perte d'exploitation, 250
- préjudice commercial, 253
- préjudice moral, 250
- restitution du matériel, 255 et 256

**Information précontractuelle :**

- document d'information précontractuelle (*v. ce mot*)
- loi Doubin, 1, 79
- consentement (*v. ce mot*)

**Internet :** 146, 186 et 234

*Intuitu personae* : 299, 308, 309, 311 et 312

---

**L**

**Lien de subordination :** (*v. contrat de travail*)

**Liquidation judiciaire :** (*v. procédures collectives*)

**Loi Doubin :** (*v. information précontractuelle*)

---

**M**

**Marché :**

- état du marché, 52 à 56
- étude de marché, 53

**Marque :** (*v. signes distinctifs*)

---

**N**

**Nom commercial :** (*v. signes distinctifs*)

**Non-concurrence et non-réaffiliation :**

- critère de proportionnalité, 285
- critère de nécessité, 285
- mise en œuvre, 288 à 290
- présentation, 281 à 283

- règlement européen, 284

- sanction de la violation, 291 à 294

- trouble manifestement illicite, 295 à 298

- unicité des régimes, 283

- validité, 284 à 287

**Nullité du contrat :**

- défaut de cause (*v. cause*)

- défaut d'information précontractuelle (*v. information précontractuelle*)

- vice du consentement (*v. consentement*)

---

**O**

**Obligations du franchisé :** (étude d'ensemble : 128 à 151)

- clause de préférence (*v. préférence*)

- d'approvisionnement (*v. approvisionnement*)

- paiement des redevances (*v. redevances*)

- post-contractuelles (*v. signes distinctifs, non-concurrence et non-réaffiliation*)

**Obligations du franchiseur :** (étude d'ensemble : 105 à 127)

- d'approvisionnement (*v. approvisionnement*)

- d'assistance, 108 à 114

- d'exclusivité (*v. exclusivité*)

- légale d'information (*v. information précontractuelle*)

- précontractuelle d'information, 47 à 56

- transmission du savoir-faire (*v. savoir-faire*)

---

**P**

**Pacte de préférence :** (*v. préférence*)

**Parasitisme :** 168, 170, 255 et 279

**Pourparlers :** (étude d'ensemble : 33 à 39)

- obligation de bonne foi, 35

- précautions, 37 et 38

- rupture abusive, 35 et 39

- rupture brutale, 35

**Préavis :** (*v. résiliation*)

**Préférence :** (étude d'ensemble : 313 à 317)

- définition, 313

- sanction, 314 et 315

- responsabilité du franchisé et du tiers acquéreur, 316 et 317

- non-exercice par le franchiseur, 314 à 316

- violation, 314 et 315

**Prix :**

- maximum conseillé, 140
- imposé, 139 à 145

**Procédures collectives :** (étude d'ensemble : 318 à 343)

- avenir du contrat de franchise, 331 à 333
- cautionnement, 334 à 336
- clause compromissoire, 341
- liquidation judiciaire, 339
- tierce opposition, 342 et 343
- ouverture de la procédure collective, 320 à 324

**Publicité :** 115 à 118**Q****Qualification :** (*v. requalification du contrat de franchise*)**R****Redevances :**

- paiement, 129 à 133, 229, 241 et 253

**Référé :**

- trouble manifestement illicite (*v. ce mot*)

**Règlement européen** (*v. clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation*)**Requalification du contrat de franchise :**

- en contrat de travail, 12 à 20
- en contrat de concession exclusive, 9
- en contrat de commission-affiliation, 6 et 7

**Réseau :** (*v. cession du contrat de franchise*)**Résiliation :** (étude d'ensemble, 216 à 268)

- aux torts du franchisé, 229 à 239
- aux torts du franchiseur, 225 à 228
- consentement mutuel, 218 à 223
- indemnisation (*v. ce mot*)
- préavis, 201, 208, 214, 215, 253
- torts partagés, 240 à 242
- effets à l'égard des tiers (*v. tiers*)

**Responsabilité de l'ancien franchisé :** (*v. tiers*)**Responsabilité des tiers :** (*v. tiers*)**S****Savoir-faire :**

- cause du contrat de franchise (*v. cause*)
- obligations inhérentes à la transmission du savoir-faire, 106 et 107 et 147 à 150
- protection, 150
- transmission, 99 et 147 à 150

**Signes distinctifs :**

- concurrence déloyale (*v. ce mot*)
- contrefaçon (*v. ce mot*)
- exclusivité (*v. ce mot*)

**T****Territoire :** (*v. exclusivité*)

- cession du contrat de franchise (*v. ce mot*)
- cession du fonds de commerce (*v. ce mot*)
- clause de non-concurrence et de non-réaffiliation (*v. non-concurrence et non-réaffiliation*)
- responsabilité de la caution (*v. caution*)
- tiers complice du franchisé, 162 à 166

**Tiers :**

- effets de la prorogation, 198 et 199
- responsabilité du banquier à l'égard des parties, 171 à 173
- responsabilité à l'égard des parties, 167 à 170
- responsabilité de l'ancien franchisé, 278 à 280
- responsabilité des parties à l'égard des tiers, 180 à 186
- responsabilité en cas de violation de la clause de préférence, 314 à 317

**Transmission :**

- cession du contrat de franchise (*v. ce mot*)
- cession du fonds de commerce (*v. ce mot*)
- savoir-faire (*v. ce mot*)

**Trouble manifestement illicite :** (*v. contentieux*)**V****Vice du consentement :** (*v. consentement, document d'information précontractuelle*)**Z****Zone :** (*v. exclusivité*)

## TABLE DES DÉCISIONS

(Les numéros en italiques renvoient aux numéros de paragraphe du texte principal)

### 2008

- Cass. com., 3 juin 2008 (pourvoi n° 06-18007, publié au Bulletin), **304, 309**
- Cass. com., 3 juin 2008 (pourvoi n° 06-13761, publié au Bulletin), **304, 309**
- Cass. com., 3 juin 2008 (pourvoi n° 07-11313, inédit), **281, 293**
- Cass. com., 3 juin 2008 (pourvoi n° 07-15050, inédit), **279**
- CA Rennes, 3 juin 2008 (RG n° 05/02285, Juris-Data n° 2008-006641), **266**
- CA Rennes, 3 juin 2008 (RG n° 07/02085, Juris-Data n° 2008-007112), **119, 228**
- CA Paris, 4 juin 2008, (RG n° 06/10329, inédit), **84, 127**
- CA Nîmes, 5 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-005056), **9, 329**
- CA Paris, 5 juin 2008 (RG n° 07/10286, inédit), **370**
- CA Paris, 5 juin 2008 (RG n° 07/10353, inédit), **370**
- TC Paris, 5 juin 2008 (RG n° 2007/080944, inédit), **131, 316**
- CA Paris, 6 juin 2008 (RG n° 07/03323, inédit), **80, 83, 150, 168, 229, 253, 275**
- Cass. com., 10 juin 2008 (pourvoi n° 06-21112, inédit), **322**
- CA Montpellier, 10 juin 2008 (Juris-data n° 2008-002221), **7, 330**
- CA Toulouse, 10 juin 2008 (RG n° 06/04676, inédit), **175**
- Cass. soc., 11 juin 2008 (Juris-Data n° 2008-044385), **9**
- CA Angers, 17 juin 2008 (RG n° 07/02547, Juris-Data n° 2008-369900), **206, 283, 286, 294, 309**
- CA Angers, 17 juin 2008 (RG n° 07/02209, Juris-Data n° 2008-369035), **283, 286, 293, 361, 363**
- CA Douai, 17 juin 2008 (RG n° 07/02766, Juris-Data n° 2008-367494), **185**
- CA Rennes, 17 juin 2008 (RG n° 08/01145, Juris-Data n° 2008-006572), **64, 69, 79, 81, 86**
- Cass. soc., 18 juin 2008 (pourvois n° 06-46478 à 06-46494, inédit), **28**
- CA Toulouse, 18 juin 2008 (RG n° 07/01661, inédit), **322**
- CA Nîmes, 19 juin 2008 (RG n° 06-04867, inédit), **336**
- Cass. com., 1<sup>er</sup> juillet 2008 (pourvoi n° 07-14741, inédit), **279**
- CA Toulouse, 2 juillet 2008 (RG n° 08/01759, inédit), **22, 124, 364**
- CA Versailles, 2 juillet 2008 (RG n° 06/02103, inédit), **323**
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2008 (pourvoi n° 07-15551, inédit), **13**
- CA Paris, 4 juillet 2008 (RG n° 07/07671, inédit), **170**
- Cass. com., 8 juillet 2008 (pourvoi n° 07-13274, inédit), **335**
- Cass. com., 8 juillet 2008 (pourvoi n° 07-20.385, inédit), **286, 291**
- TC Rouen, 11 juillet 2008 (RG n° 07/008620, inédit), **288, 324, 333**
- CA Paris, 10 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-371740, inédit), **253**
- CA Paris, 10 septembre 2008 (RG n° 06/03262, inédit), **52, 53, 62, 64, 65, 80, 110, 112**
- CA Aix-en-Provence, 11 septembre 2008 (RG n° 06/12288, inédit), **252**
- CA Douai, 11 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-377142), **7**
- CA Paris, 11 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-372386), **370**
- Cass. com., 16 septembre 2008 (pourvoi n° 07-13713, inédit), **339**
- CA Paris, 18 septembre 2008 (RG n° 07/17486, Juris-Data n° 2008-370878), **321**
- CA Metz, 23 septembre 2008 (Juris-Data n° 2008-371948), **48, 81, 86, 312**
- Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 septembre 2008 (pourvoi n° 07-13989, inédit), **261**
- CA Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 06/04420, Juris-Data n° 2008-374047), **52, 62, 64, 79, 80, 122, 151**
- CA Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 06/04334, Juris-Data n° 2008-374079), **6, 62, 79, 109, 122, 125, 226, 233, 250**
- CA Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 06/03859, inédit), **52, 53, 64, 75, 80, 110, 112, 113, 136**
- CA Riom, 24 septembre 2008 (RG n° 07/01503, Juris-Data n° 2008-001998), **314**
- TGI Paris, 24 septembre 2008 (RG n° 08/07021, inédit), **285, 304**
- CA Paris, 25 septembre 2008 (RG n° 07/01049, inédit), **370**
- CA Paris, 25 septembre 2008 (RG n° 07/01252, inédit), **370**
- CA Paris, 25 septembre 2008 (RG n° 07/01253, inédit), **370**
- CA Rouen, 25 septembre 2008 (RG n° 07/02246, Juris-Data n° 2008-374511), **177**
- TC Bordeaux, 26 septembre 2008 (RG n° 2006/F00673, inédit), **348**
- CA Reims, 29 septembre 2008 (RG n° 07/1731, inédit), **332**
- TC Rouen, 29 septembre 2008 (RG n° 2006/003843, inédit), **52, 54, 60, 72, 82, 84, 109, 111, 113, 135, 149, 240**
- Cass. com., 30 septembre 2008 (pourvoi n° 07-16649, inédit), **173**
- Cass. com., 30 septembre 2008 (pourvoi n° 07-11178, inédit), **173, 335**
- CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008 (RG n° 06/10492, Juris-Data n° 2008-374080), **129, 229, 253, 261, 275, 276, 314, 347**
- CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008 (RG n° 07/11006, inédit), **169**
- CA Paris, 2 octobre 2008 (RG n° 05/21289, Juris-Data n° 2008-374078), **158, 294, 350**
- CA Paris, 2 octobre 2008 (RG n° 05/21966, inédit), **161, 165**
- CA Paris, 2 octobre 2008 (RG n° 05/21301, inédit), **159, 164**
- Cass. crim., 8 octobre 2008 (pourvoi n° 08-81.098, inédit), **186**

- CA Colmar, 9 octobre 2008 (RG n° 06/04294, inédit), **341**
- CA Nîmes, 9 octobre 2008 (RG n° 06/02379, Juris-Data n° 2008-007474), **294**
- CA Paris, 9 octobre 2008 (RG n° 06/14539, Juris-Data n° 2008-006484), **369**
- Cass. com., 14 octobre 2008 (pourvoi n° 07-17.791, inédit), **323, 351**
- CAA Bordeaux, 14 octobre 2008 (n° 06BX00691, inédit), **185**
- CAA Bordeaux, 14 octobre 2008 (n° 06BX00692, inédit), **185**
- CA Dijon, 16 octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-371952), **8, 102**
- CA Rouen, 21 octobre 2008 (Juris-Data n° 2008-006444), **356**
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008 (pourvoi n° 07-15823, inédit), **349**
- CA Nancy, 22 octobre 2008 (RG n° 00/00865, inédit), **92, 116, 120, 138, 148, 313**
- CA Nancy, 22 octobre 2008 (RG n° 08/01894, inédit), **362**
- CA Paris, 23 octobre 2008 (RG n° 06/09559, inédit), **9, 332, 340**
- CA Rennes, 29 octobre 2008 (RG n° 06/06561, inédit), **207**
- Cons. conc., 29 octobre 2008 (déc. n° 08-D-25), **102**
- CA Paris, 30 octobre 2008 (RG n° 07/22044, inédit), **119**
- CA Rouen, 30 octobre 2008 (RG n° 08/03654, inédit), **172, 335**
- CA Paris, 5 novembre 2008 (RG n° 07/17215, inédit), **71, 136, 341**
- CA Paris, 6 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-375289), **70, 84, 119**
- CA Paris, 6 novembre 2008 (Juris-Data n° 2008-372730), **16, 19**
- CA Paris, 7 novembre 2008 (RG n° 08/06609, Juris-Data n° 2008-374992), **366**
- Cass. com., 12 novembre 2008 (pourvoi n° 07-15949, inédit), **336**
- Cass. com., 12 novembre 2008 (pourvoi n° 07-17746, inédit), **335, 336**
- Cass. soc., 12 novembre 2008 (pourvoi n° 07-43256, inédit), **9**
- Cass. com., 18 novembre 2008 (pourvoi n° 07-18599, inédit), **107**
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 novembre 2008 (pourvoi n° 08-11646, inédit), **126**
- Cass. crim., 19 novembre 2008 (pourvoi n° 08-85317, inédit), **184**
- CA Paris, 19 novembre 2008 (RG n° 0602583, Juris-Data n° 2008-372538), **51, 69, 74, 255, 275**
- CA Paris, 19 novembre 2008 (RG n° 07/08568, inédit), **83, 167**
- CA Paris, 20 novembre 2008 (RG n° 03/07603, inédit), **82, 83, 227, 276, 322**
- Cass. com., 2 décembre 2008 (pourvois n° 07-17539 et 07-19201, Juris-Data n° 2008-046125), **7, 350, 372**
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 2008 (pourvoi n° 07-13043, inédit), **10**
- CA Paris, 3 décembre 2008 (RG n° 07/08087, inédit), **173**
- CA Versailles, 3 décembre 2008 (RG n° 08/00229, inédit), **350**
- CA Metz, 8 décembre 2008 (RG n° 06/00927, Juris-Data n° 2008-373333), **182**
- CA Agen, 9 décembre 2008 (Juris-Data n° 2008-006018), **29**
- CA Paris, 11 décembre 2008 (RG n° 07/10954, Juris-Data n° 2008-374966), **335, 336**
- Cass. com., 16 décembre 2008 (pourvoi n° 07-17207, inédit), **328**
- Cass. com., 16 décembre 2008 (pourvoi n° 07-21903, inédit), **9**
- Cass. soc., 16 décembre 2008 (pourvoi n° 06-46105, inédit), **20, 339, 353**
- TGI Meaux, 31 décembre 2008 (RG n° 08/00643, inédit), **180**

---

**2009**

- Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 janvier 2009 (pourvoi n° 07-20783, inédit), **35**
- CA Paris, 7 janvier 2009 (RG n° 06/13301, inédit), **102, 106, 110, 112, 136, 141, 144, 253, 265**
- CA Paris, 7 janvier 2009 (RG n° 06/13673, inédit), **112, 119, 179**
- CA Paris, 7 janvier 2009 (RG n° 06/029228, inédit), **235**
- CA Paris, 9 janvier 2009 (RG n° 08/00272, Juris-Data n° 2009-002245), **47**
- Cass. com., 13 janvier 2009 (pourvoi n° 08-12375, inédit), **133, 222**
- CA Paris, 13 janvier 2009 (RG n° 07/06445, inédit), **178**
- CA Paris, 14 janvier 2009 (Juris-Data n° 000549), **121**
- CA Caen, 15 janvier 2009 (RG n° 07/03687, inédit), **287**
- CA Paris, 21 janvier 2009 (RG n° 06/16463, Juris-Data n° 2009-003528), **252**
- CA Paris, 21 janvier 2009 (RG n° 06/11392, inédit), **54, 73, 75, 97, 109, 111, 135, 136, 137, 146, 234, 253, 285**
- CA Paris, 21 janvier 2009 (Juris-Data n° 2009-003012), **9**
- CA Paris, 22 janvier 2009 (RG n° 06/14035, inédit), **131**
- Cass. com., 27 janvier 2009 (pourvoi n° 07-21616, inédit), **88**
- Cass. com., 27 janvier 2009 (pourvoi n° 08-10991, inédit), **280**
- CA Paris, 27 janvier 2009 (RG n° 07/04313, Juris-Data n° 2009-000536), **332**
- CA Paris, 29 janvier 2009 (RG n° 07/06438, inédit), **80, 109, 111, 336**
- Cass. com., 10 février 2009 (pourvoi n° 07-21095, inédit), **9**
- Cass. com., 10 février 2009 (pourvoi n° 07-21912, inédit), **279**
- Cass. soc., 10 février 2009 (pourvoi n° 07-45220, inédit), **343**
- CA Lyon, 12 février 2009 (RG n° 08/02534, Juris-Data n° 2009-000919), **321**
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 février 2009 (pourvoi n° 08-11221, inédit), **173**
- CA Paris, 19 février 2009 (RG n° 08/10255, inédit), **30**

- CA Rouen, 19 février 2009 (RG n° 05/03208, Juris-Data n° 2009-001655), **56, 65, 89, 90**
- Cass. com., 25 février 2009 (Juris-Data n° 2009-003120), **279**
- CA Aix-en-Provence, 26 février 2009 (RG n° 07/04656, Juris-Data n° 2009-003319), **9**
- CA Caen, 27 février 2009 (Juris-Data n° 2009-378158), **19**
- Cass. com., 3 mars 2009 (pourvoi n° 07-16527, inédit), **129**
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 mars 2009 (pourvoi n° 08-10.008, inédit), **159**
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 mars 2009 (pourvoi n° 08-12172, inédit), **372**
- Cass. com., 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-20719, inédit), **342**
- Cass. com., 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-20720, inédit), **342**
- Cass. com., 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-18313, inédit), **171**
- Cass. com., 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-21528, inédit), **325**
- CA Dijon, 10 mars 2009 (Juris-Data n° 2009-376068), **122, 129**
- CA Paris, 13 mars 2009 (Juris-Data n° 2009-377860), **9**
- Cass. com., 17 mars 2009 (pourvoi n° 08-12830, inédit), **36, 41**
- CA Paris, 18 mars 2009 (RG n° 07/01386, Juris-Data n° 2009-002274), **112, 130, 148, 230**
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars 2009 (pourvoi n° 08-14778, inédit), **314, 366**
- Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009 (pourvoi n° 08-11326, inédit), **36**
- Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009 (pourvoi n° 08-12237, inédit), **36**
- Cass. soc., 25 mars 2009 (pourvoi n° 07-41242, publié au Bulletin, Juris-Data n° 047554), **31**
- CA Paris, 25 mars 2009 (RG n° 07/02560, Juris-Data n° 2009-377048), **183, 304**
- Cass. com., 7 avril 2009 (pourvoi n° 07-16061, inédit), **319**
- CA Paris, 9 avril 2009 (RG n° 08/07996, inédit), **7**
- CA Paris, 9 avril 2009 (RG n° 06/14632), **86, 90, 91**
- CA Dijon, 23 avril 2009 (Juris-Data n° 2009-376577), **19**
- CA Grenoble, 23 avril 2009 (Juris-Data n° 2009-004990), **94**
- CA Paris, 29 avril 2009 (Juris-Data n° 2009-006977), **41**
- CA Paris, 30 avril 2009 (RG n° 06/19191, inédit), **9**
- Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 mai 2009 (pourvoi n° 08-13623, inédit), **176**
- Cass. com., 26 mai 2009 (pourvoi n° 08-11588, inédit), **160**
- Cass. com., 26 mai 2009 (pourvoi n° 08-13194, inédit), **118, 231, 339**
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 juin 2009 (RG n° 08-11.159, inédit), **372**
- Cass. com., 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-17296, inédit), **162, 163, 164, 166, 316**
- Cass. com., 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-16168, inédit), **159, 294**
- Cass. com., 9 juin 2009 (Juris-Data n° 048751, pourvoi n° 08-14301), **285**
- TGI Paris, ord. réf., 11 juin 2009 (RG n° 09/52384, inédit), **39, 79**
- CA Montpellier, 16 juin 2009 (RG n° 08/04631, inédit), **51**
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2009 (pourvoi n° 08-15156, inédit), **261, 122**
- TC Troyes, 22 juin 2009 (RG n° 2009/000491, inédit), **122**
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2009 (pourvoi n° 08-16434, inédit), **173**
- Aut. conc., 30 juin 2009 (déc. n° 09-D-23), **137, 142, 145**

# VIENT DE PARAITRE



François-Luc Simon

**JOLY**  
éditions

lextenso éditions

**BON DE COMMANDE**

**Oui, je commande .....** ouvrage(s) **Théorie et Pratique du droit de la Franchise**

[prix unitaire 72 € TTC franc] pour la somme totale de ..... €.

ISBN 978-2-306-00003-8

Je joins mon règlement libéré à l'ordre de  
Librairie Lgdj et recevrai une facture acquittée.

Date :	Signature :
--------	-------------

Raison sociale : \_\_\_\_\_

Nom : \_\_\_\_\_

Prénom : \_\_\_\_\_

Fonction : \_\_\_\_\_

Adresse : \_\_\_\_\_

Code postal : \_\_\_\_\_ Ville : \_\_\_\_\_

Tél : \_\_\_\_\_ / Fax : \_\_\_\_\_

E-mail : \_\_\_\_\_

À retourner à la Librairie Lgdj - 20, rue Soufflot 75005 Paris - Informations complémentaires au 01 44 33 89 85.  
Ouvrage également disponible chez votre libraire habituel ou sur [www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr)

Librairie  
**Lgdj**

FR  
© Librairie Lgdj - 2005