

CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

D. Mainguy
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

2020

dmainguy@wanadoo.fr
www.daniel-mainguy.fr

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION
(droit des contrats – Droit de la concurrence)

LIVRE 1 : SYNTHESE

Introduction

1. DROIT DES CONTRATS D’AFFAIRES ET DES CONTRATS DE DISTRIBUTION : APPARITION ET IDENTIFICATION

A. PRESENTATION

B. CARACTERES DU DROIT DE LA DISTRIBUTION

1. – Un droit pluriel
2. – Un droit politique
3. – Un droit technique
4. Un droit spécial

2. DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D’AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

3. THEORIE DU DROIT DES CONTRATS, NORMES ET FONDEMENTS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D’AFFAIRES

A. LES CONTRATS D’AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION : NORMES APPLICABLES

B. – FONDEMENTS D’UN DROIT DE LA DISTRIBUTION

4. CONTOURS ET EVOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D’AFFAIRES ET DE LA DISTRIBUTION

A. – COMPLEXITE ET DIVERSITE DES FORMES DE DISTRIBUTION

B. DIVERSITE DES BIENS DE LA DISTRIBUTION

C. DIVERSITE DES CANAUX DE LA DISTRIBUTION

PREMIERE PARTIE. – LA NEGOCIATION DES CONTRATS D’AFFAIRES

DEUXIEME PARTIE – LES REGLES COMMUNES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

TITRE 1. – LA CONSTRUCTION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

Chapitre 1. – La qualification des contrats de distribution

Chapitre 2. – Le contenu des contrats de distribution

Section 1. – La formation des contrats de distribution

Section 2. – L’exécution des contrats de distribution

Section 3. – La circulation des contrats de distribution

Section 4. – L’extinction des contrats de distribution

TITRE 2. – LES CONTRAINTES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

Chapitre 1. – Les contrats de distribution et le droit de la concurrence

Chapitre 2. – Les contrats de distribution et le droit social

Chapitre 3. – Les contrats de distribution et le droit du

commerce international

Chapitre 4. – Les contrats de distribution et le droit de la consommation

Chapitre 5. – Les contrats de distribution et le droit de la propriété industrielle

TROISIEME PARTIE. – LES CONTRATS DE DISTRIBUTION EN RESEAU

TITRE 1. – LES CONTRATS DE SPECIALISATION

Chapitre 1. – Les contrats d’approvisionnement et de fourniture exclusive

Chapitre 2. – Le contrat de distribution sélective

Chapitre 3 – Le contrat de concession exclusive

Chapitre 2 – Les contrats de réitération

TITRE 2. LES CONTRATS DE REITERATION : LE CONTRAT DE FRANCHISE

QUATRIEME PARTIE. – LES ACCORDS DE REGROUPEMENT : LES CONTRATS DE LA GRANDE DISTRIBUTION

Titre 1. – Les contrats d’affiliation

Titre 2. – Les contrats de référencement

CINQUIEME PARTIE. – LES VENTES ET PRESTATIONS DE SERVICES

SIXIEME PARTIE. – LES CONTRATS DES INTERMEDIAIRES DE LA DISTRIBUTION

LIVRE 2 : DOCUMENTS

Avertissement

Cet ensemble est la base d'un cours, à la fois en Master 1 et en Master 2 Droit privé économique à Montpellier. Il, est régulièrement remis à jour (pas toujours). Ce n'est pas un livre publié ou publiable. Il est d'ailleurs incomplet et inachevé.

Je remercie les éventuels lecteurs pour qu'ils excusent les fautes de frappe ou de typographie, les coquilles, et erreurs diverses, pour cette raison.

Il est complété par un ensemble de documents ; là encore souffrant des mêmes défauts.

Il est évident cependant que je revendique un droit d'auteur sur l'ensemble et que je n'autorise pas sa diffusion, autre que pour un usage personnel.

Je vous souhaite une bonne lecture.

D. Mainguy

(...)

CHAPITRE 2. – LES CONTRATS DE REITERATION : LES FIGURES DU CONTRAT DE FRANCHISE

200 Origine et définition. Le contrat de franchise, de franchising ou contrat de franchisage ⁽¹⁾ est un contrat plus complexe que le contrat de concession, dont il dérive cependant, historiquement. Issu de la pratique américaine, il a été introduit dans la pratique française où il a connu un succès retentissant. Terme étonnant que celui de « franchise » qui évoque, au Moyen-âge, les chartes exonérant telle ville ou communauté de charge particulière, taille, service divers, etc., tandis que le moderne contrat de franchise est exactement inverse : un contrat porteur de lourdes obligations et un contrat payant pour le franchisé.

Par ce contrat, un commerçant, le franchiseur, qui dispose d'un savoir particulier et de signes distinctifs particuliers dans un domaine donné et qui a exploité cette « réussite commerciale » particulière due à ces avantages particuliers, accorde à un autre commerçant, un franchisé, le droit d'exploiter cet ensemble, moyennant versement de sommes d'argent.

L'article 1-3 du REC n°4087/88, qui n'est plus en vigueur depuis 1999, définissait ainsi le contrat de franchise comme le contrat par lequel une « *entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter un ensemble de droits de propriété industrielle (...) destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services déterminés à des utilisateurs finals* ».

Le REC 330/2010 propose à cet égard une définition bien moins efficace et pertinente à travers ses lignes directrices, les définissant comme des accordant une « *licence de droits de propriété industrielle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété industrielle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord,*

1 Cf. la dénomination officielle en la matière : A. 29 mars 1973, JO, 3 janv. 1974. C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, Droit de la franchise : Litec, coll. Carré droit, 2011, F.-L. Simon, Théorie et pratique du droit de la franchise, éd. Joly, 2009 ; Ph. le Tourneau, Les contrats de franchisage, Litec 2007, Franchisage, Jur.-Class. Contr. distr. fasc. 1040 ; H. Bensoussan, Le droit de la franchise, Apogée, 1997. V. Aussi J. Guyenot, La franchise commerciale, RTD com. 1973. 161.

une assistance commerciale et technique ».

De ce point de vue, le contrat de franchise est tout à la fois un contrat de distribution et un contrat de financement. En effet, il s'intègre dans la catégorie des contrats de distribution, et plus spécifiquement dans celle des contrats de réitération. Par le contrat de franchise, le franchisé cherche à réitérer l'expérience réussie du franchiseur ; il se présente comme un « clone commercial » du franchiseur. Cet aspect original du contrat de franchise alimente le débat sur l'existence d'un intérêt commun dans le contrat de franchise, propre à assurer une position particulière du franchisé, qui est à la fois la reproduction indépendante de l'expérience du franchiseur et dépendant de ce dernier ⁽²⁾, solution que la jurisprudence a toujours écarté, dans ce contrat comme dans les autres contrats de distribution ⁽³⁾.

Ce type de contrat est également un cas type de *contrat de collaboration* et un *contrat d'enseignement* dans la mesure où le franchiseur doit transmettre un savoir-faire, mettre à jour celui-ci, afin que son originalité et que les éléments distinctifs de ses concurrents soient toujours pertinentes, mettre à disposition des signes distinctifs, l'ensemble se signalant par une obligation d'assistance forte et particulière.

En effet, et c'est le principal élément qui justifie le succès du contrat de franchise, tout le monde, franchiseur et franchisé, y trouve, en principe son compte. Le franchiseur dispose d'un technique lui permettant d'étendre, voire de créer un réseau dont il va directement profiter, via la rémunération des contrats de franchise, voire indirectement, en cas de cession du réseau. Le franchisé, trouve là un moyen efficace de créer sa propre entreprise en rejoignant un réseau connu, doté d'une image de marque forte et d'une expérience éprouvée.

Il s'agit également d'un *contrat de financement* : le franchiseur, en effet, multiplie les points de distribution en assurant le financement de ce développement par des franchisés qui sont juridiquement et commercialement indépendants.

Les **traits distinctifs du contrat de franchise**, dont il convient de rappeler qu'il ne bénéficie pas d'une définition légale, ni interne, ni européenne (les REC n'ont pas de valeur normative), ni internationale, par rapport à d'autres formes de contrats de distribution, reposent sur

2 C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, Droit de la franchise, op. cit. n° 55, Ph. Grignon, Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, in Mélanges M. Cabrillac, Litec-Dalloz, 1999, p. 127.

3 Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-19.232, CCC 1998, n° 20, obs. L. Leveneur, JCP G 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal ; RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-13.142 CCC 2002, n° 78, obs. M. Malaurie-Vignal, D. 2002, somm. p. 3009, obs. D. Ferrier. Cependant la jurisprudence des juges du fond est plus éparpillée sur ce point (cf. Y. Marot, La collaboration entre franchiseur et franchisé : LPA 31 août 2000, n° 174, p. 4).

l'existence d'un **savoir-faire**, dont la pertinence fait l'objet d'une attention toute particulière, d'une **mise à disposition de marques et signes distinctifs**, parfois conçues comme de véritables licences de marque, notamment lorsque le franchisé « produit » des choses ou des services, et une **assistance** technique, commerciale ou financière, moyennant le paiement d'un prix, sous la forme d'un **droit d'entrée et de redevances**, ce qui en fait une figure originale dans le paysage des contrats de distribution.

Pour autant, ce n'est pas véritablement une technique de « qualification » du contrat de franchise ⁽⁴⁾, qui ne fait pas l'objet d'un régime juridique propre. D'ailleurs, bien des contrats de franchise sont désignés en pratique comme des « contrats de partenariat », « contrats de collaboration », voire « contrats de coopération », souvent en raison de l'image, parfois ambiguë, de la franchise auprès des futurs candidats franchisés.

Plus récemment, le contrat de « commission affiliation » a été utilisé, comme dérivé du contrat de franchise, la composante « affiliation » remplaçant celle de franchise, pour des modèles de franchise de distribution, essentiellement pour éviter au distributeur de financer ses stocks de marchandises, et au fournisseur de « fixer » les prix de « revente », dans la mesure où la composante « commission » du contrat crée un lien direct avec le consommateur.

Pour autant, l'originalité technique du contrat de franchise est parfois niée pour le rapprocher de la figure du contrat de concession commerciale dont il ne serait qu'un dérivé, notamment lorsque le contrat porte sur des services : le contrat de franchise serait ainsi le nom donné à la « concession de services ».

Ainsi l'obligation d'assistance technique et commerciale est commune aux contrats de franchise et de concession, les secteurs dans lesquels la franchise a prospéré aux Etats-Unis (le secteur automobile) sont ceux du contrat de concession ⁽⁵⁾.

Pourtant, plusieurs traits permettent de repérer une véritable originalité de ce type de contrat. Le premier porte sur le fait qu'il a pour objet principal la transmission d'un savoir-original, de sorte que le franchisé va réaliser exactement la même activité que le franchiseur. On ne retrouve ainsi pas la logique de spécialisation du contrat de concession. Cette différence peut cependant être limitée par le fait que le franchiseur reste le « producteur », le fournisseur, soit des marchandises pour une franchise de distribution, soit des services pour des services réalisés par le franchiseur (dans les secteurs de la téléphonie, de l'assurance, de la banque, du voyage, etc.), soit des accessoires ou des

4 V. cependant Lyon, 2 mars 2000 : JCP E 2002, IV, 1399, Douai, 4 juill. 2002, D. 2002, act. jurispr. p. 2868,

5 Comp. M. Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, n°236.

ingrédients nécessaires à la exploitation de la franchise. En outre, le contrat de franchise n'implique la présence d'une clause d'exclusivité territoriale, alors qu'elle est une composante essentielle du contrat de concession. Enfin, les techniques financières des contrats de concession et de franchise sont très différentes : le contrat de franchise connaît souvent un « prix » propre, sous la forme d'un droit d'entrée et de redevances, ce qui est inconnu du contrat de concession. D'ailleurs, le droit européen de la concurrence, lorsqu'il porta son attention, dans les années 1980, sur ces contrats distingua parfaitement les deux formules contractuelles.

Le contrat de franchise présente en outre cette particularité de n'être pas réservé à la distribution de marchandises, à la différence du contrat de concession ou de distribution sélective.

201 Développement et succès du contrat de franchise. On observe ainsi le développement de la franchise dans bien des domaines : le secteur hôtelier, le secteur industriel, le secteur très large des services, et bien entendu le secteur de la distribution dans lequel le franchiseur peut être un producteur et la franchise pourra sembler n'être qu'un avatar de la concession ou bien dans lequel le franchiseur est lui-même un distributeur ou un grossiste qui a élaboré un savoir-faire particulier dans la distribution voire dans la grande distribution ⁽⁶⁾.

On observe parfois des variantes, à travers le *contrat de management* que l'on rencontre notamment dans le secteur hôtelier. Il s'agit de l'hypothèse exactement inverse de la franchise : une entreprise décide de confier la gestion de celle-ci, son management, à une entreprise qu'elle sait compétente à cet effet car elle dispose de l'expérience et du savoir-faire nécessaire en la matière. Ce contrat ne propose pas de transfert de savoir-faire mais une sorte de contrat de confié portant sur la gestion d'une entreprise. De même, le contrat de franchise de distribution, notamment dans le secteur du prêt-à-porter a muté vers des formules moins complexes comme celle de la *commission affiliation*.

L'ensemble forme un paysage finalement bigarré quoi que fondé sur les mêmes bases.

Ainsi la « franchise de services », qui représente plus de 50% des réseaux de franchise, met en scène un franchiseur qui met à la disposition de ses franchisés un système standardisé afin de proposer un ensemble de services à la clientèle ; ce système suppose généralement l'existence d'un établissement « pilote », un savoir-faire performant, pertinent et évolutif. Les services susceptibles d'une telle activité sont innombrables, sans doute tous les types de services, des services à la personne (services

6 Il y aurait plus de 1500 réseaux de franchise en France intéressant plus de 60 à 100 000 points de vente, un chiffre d'affaires de plus de 50 milliards d'euros : l'importance de la formule est considérable.

d'installation de matériels, nettoyage, locations diverses, enseignement, soins, bien-être, sport, détente) ou aux entreprises, les conseils, y compris juridiques d'ailleurs, etc. La restauration est un secteur particulier, dans lequel des « chaînes » de restauration se développent à des vitesses très rapide.

La « franchise hôtelière » est un modèle un peu particulier, mais qui permet de catégoriser des hôtels et des consommateurs, de développer des marques en matière internationale. Les investissements y sont considérables et la fin des contrats problématique en raison de la présence surabondante des signes distinctifs dans la décoration (murs, moquettes, serviettes, mobiliers spécifiques, etc.). Cette formule est parfois inversée sous la forme d'un « contrat de management » ou de gestion ou « franchisage financier » ⁽⁷⁾. Il s'agit ici de situation dans lesquelles le propriétaire d'un immeuble envisage de développer un hôtel mais sans vouloir assumer la gestion de ce celui-ci. Plutôt, donc, que de conclure un contrat de franchise impliquant le transfert, à son profit, du savoir-faire nécessaire à l'exploitation d'un hôtel (ou d'un restaurant) par lui-même, il peut choisir, à l'inverse, de confier la gestion de cet établissement. Dès lors, est dissociée la fonction d'investissement, via la propriété de l'immeuble, et la fonction de gestion, via la propriété du fonds de commerce : l'investisseur peut alors être distinct du gestionnaire et encore distinct du franchiseur. Des entreprises se sont ainsi spécialisées, certaines dans les investissements, d'autres dans la gestion.

La « franchise de distribution » est celle où le savoir-faire est en général réduit à sa plus simple expression puisqu'il se réduit en général à une capacité à sélectionner des produits, ou les concevoir, et à développer une marque et une image de marque, fonction qui sont celles d'un distributeur traditionnel. Le risque est alors plus grand que dans les autres modèles de voir contester la réalité du savoir faire. Pour cette raison, mais également afin de pallier les difficultés en termes de gestion des stocks et de prix imposés, la formule a largement évolué vers celle de la « commission affiliation » ⁽⁸⁾, où le « franchiseur » propose simplement à un « franchisé » une affiliation à un réseau, donc à une marque, et un savoir faire, ainsi qu'au dépôt de marchandises dont le « franchiseur » demeure le propriétaire. Il s'agit ainsi d'une technique de « dépôt vente » associée à une présentation unifiée du magasin, des assortiments, à

7 G. Chastenot de Gery, La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière, Contribution à une étude de la dissociation du capital et de la gestion, th. Paris IX, 1998 ; K. Torbey, Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés, Étude de droit français et de droit libanais, LGDJ, 2002 ; P.-F. Cruz, Le contrat de gestion, *Économica* 2004.

8 D. Mainguy et J.-L. Respaut, À propos du contrat de commission-affiliation, in *Libre Droit, Mél. Ph. le Tourneau* : Dalloz, 2007, p. 761, M.-J. Loyer-Lemerrier, Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ? : *JCP E* 2011, 1218, plus nuancé, D. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n°693.

travers une technique d'« affiliation », et dont les tentatives de requalification en contrat de mandat, mandat d'intérêt commun ou agence commerciale, ont échoué. Le franchiseur peut alors être un fabricant qui écoule sa production à travers un réseau de distributeurs franchisés, ou un sélectionneur, qui dispose alors souvent d'une centrale d'achat⁽⁹⁾. On peut observer que cette technique de distribution est certainement celle qui, en termes économiques, est la plus importante, puisqu'elle regroupe notamment les contrats de franchise de la grande distribution, dans les cas où l'enseigne de la grande distribution ne distribue pas par un réseau intégré, parfois désignée comme « franchise participative »⁽¹⁰⁾, et qui suscite un contentieux considérable.

La « franchise de stand », « franchise corner » ou « franchise de comptoir » ou encore « d'emplacement » est une figure particulière de franchise de distribution. Il s'agit pour le promoteur d'un réseau d'exploiter sa marque et ses produits sur un comptoir, dans un grand magasin, un hôtel, un aéroport avec d'autres. La formule est moins une variété de franchisage, qu'une sorte de bail, qui n'est d'ailleurs pas commercial⁽¹¹⁾, permettant au franchisé de stand d'exploiter un espace dans des conditions assez limitées, avec un savoir-faire limité et une formule très différente des autres modes de distribution utilisés par la marque⁽¹²⁾. D'ailleurs, la pratique désigne comme franchise de stand des formules très différentes, des hypothèses d'exploitation par des salariés du fournisseur⁽¹³⁾, de bail, de location gérance, etc.

Dernière figure, la « franchise industrielle » est un modèle contractuel particulièrement typique du modèle proposé par la franchise. On en rencontre des exemples dans le secteur du bâtiment, de l'industrie alimentaire, du pneu, etc. La formule permet d'identifier des « *contrats en vertu desquels le franchisé fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci* »⁽¹⁴⁾. Le contrat de franchise industrielle assure ainsi au franchisé la possibilité de fabriquer les mêmes produits que ceux du franchiseur, selon ses techniques, son savoir-faire, sa marque et son assistance et ce faisant développe un composante de « transfert de technologie » très importante. Conclu dans un contexte interne, par exemple pour limiter les coûts de transport, ou international pour développer la marque et les produits à

9 Cass. com., 20 mai 2003, n° 01-00.668, JCP E 2003, Cah. dr. entr. 2003, n° 5, p. 43, obs. J.-L. Respaud. Adde : S. Richard, Aperçu du droit positif des organisations d'approvisionnement : JCP E 2011, Cah. dr. entr. 2011, n° 4, 2010, dossier 22.

10 Cf. B. Dondero, JCP, éd. E, 2012, 1641.

11 Cass. ass. plén., 24 avr. 1970, n° 68-10.914 : JCP E 1970, II, 16489, note B. Boccara, RTD com. 1970, p. 674, obs. A. Jauffret.

12 Cf. D. Ferrier, La distribution sélective : deux alternatives de substitution : JCP E 1993, Cah. dr. entr. 1993, n° 1, p. 6.

13 Paris, 31 mars 1994 : JCP E 1995, I, 439, n° 3, obs. J. Raynard.

14 CJUE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia*, Rec. CJCE, p. 353, pt. 14.

l'international soit sous la forme d'une joint-venture soit d'une véritable relation de franchise avec un franchisé indépendant.

Le succès de la formule, en France notamment est sans conteste. Elle se développe de manière continue de telle sorte que le France est le premier pays dans lequel ce type de contrat prospère même si, dans les diverses enquêtes et recensements, les chiffres sont parfois très différents, en raison de l'impossibilité de s'entendre sur la signification réelle du terme « franchisage ». Ce succès n'est d'ailleurs pas sans conséquence, certains réseaux se révélant très incertains, peu pérennes, voire de véritables escroqueries et pour les moins pires, des projets insuffisamment préparés ou trop axés sur des effets de modes. Il demeure ainsi que le contrat de franchise est particulièrement pathogène notamment lorsque l'expérience du franchisé se révèle être un échec, ce qui est évidemment une contradiction avec la promesse offerte par la définition du contrat de franchise : la réitération de la réussite commerciale du franchiseur.

Le « secteur de la franchise » attire, pour ces raisons bien des attentions, celui des professionnels, regroupés dans une fédération, la Fédération Française de la Franchise, et ses opposants, dans des associations de défense des franchisés, des avocats et conseils spécialisés, et un droit supposé particulier, lequel oscille entre pétition de réglementation et prétention à la discrétion.

202 Règles applicables ? Aucune règle particulière ne régit le contrat de franchise, à l'exception de règles plus générales, comme la « Loi Doubin » (C. com., art. L. 330-3, R. 330-1) qui vise des situations plus large et d'un arrêté de 1991 (C. com., art. A 441-1, complété par une note de service DGCCRF n°5724 du 21 mai 1991⁽¹⁵⁾) qui impose à tout franchisé d'informer les consommateurs de sa qualité d'entreprise indépendante de manière claire et lisible, il survient de manière régulière des demandes en ce sens, visant surtout à assurer la protection des franchisés, dont le point d'orgue fut l'adoption de la loi Doubin. Cette expérience législative, cependant, par sa généralité et ses conséquences, démontre qu'elle n'est pas nécessaire. Tout juste observe-t-on des tentatives de réglementation privée, via des Codes de déontologie, dont celui de la FFF, ou le Code européen de la Franchise, en 1991 et régulièrement mis à jour, ou encore le « Code d'éthique du franchisage » édité par l'association internationale de la franchise en 1994, ou le guide du franchisage, publié par l'OMPI en 2000, ou celui du franchisage international, par l'association Unidroit, en 2002. En outre, bien des réseaux, parmi les plus importants, disposent de leur propre Code de bonne conduite dont l'intérêt est soit de reprendre et de s'approprier le

15 BOCC 30 mai, p. 154.

contenu de ces différents « Codes » ou « Guides » ⁽¹⁶⁾, mais aussi et peut-être surtout d'intégrer des techniques de règlement amiable et négocié des litiges entre franchisé et franchiseur. Par ailleurs, une norme AFNOR avait été publiée en 1987, aujourd'hui sans intérêt et obsolète.

Dans les années 1970, et les suivantes, les propositions de loi visant à protéger les distributeurs en général et les franchisés en particulier n'avaient pas manqué, sans aucun succès, à l'exception de la timide et d'ailleurs ratée loi « Doubin » en 1989¹⁷ : l'exercice est vain, sinon en matière académique, de telle manière que ce sont les règles du droit commun des contrats qui s'appliquent, associés à une jurisprudence dont le moins qu'on en dire est qu'elle n'est pas « politique », pour une fois. Or, le droit de la franchise, à l'instar du droit du travail par exemple, est particulièrement musclé : d'un côté les « profranchiseurs », de l'autre les « profranchisés » et, dans les cabinets d'avocats, on ne mélange guère.

Section 1. Validité du contrat de franchise

§ 1 Validité au regard des règles du droit de la concurrence

203 Prix imposés de revente. On retrouve, à propos du contrat de franchise l'interdiction des prix imposés de revente de l'article L. 441-5 du Code de commerce, dans les mêmes conditions que pour les autres contrats et l'on retrouve les mêmes analyses en terme de prix conseillés ou de prix imposés.

En effet, le même principe, ici prévaut : le franchisé doit être libre de fixer les prix de revente des produits ou des services assurés aux utilisateurs finals. Toutefois, cette position peut être critiquée dans la mesure où le franchisé doit, strictement, appliquer les méthodes commerciales du franchiseur afin de parvenir à la réitération optimale de la réussite commerciale franchisée.

Il n'est d'ailleurs pas invraisemblable de considérer que la fixation des prix et leur niveau participe de cette réussite commerciale et que, par conséquent, le respect des consignes de prix participe, sinon juridiquement, du moins commercialement du respect du savoir-faire ⁽¹⁸⁾. Il y a là une forme de contradiction, non assumée par les règles internes mais peut-être, sous réserve d'une démonstration complexe, en droit européen de la concurrence, dans les conditions posées par les lignes

16 Cf. I. Desbarats, Code de conduite et charte éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, JCP, éd. G, 2003, I, 112, P. Deumier, Les sources de l'éthique des affaires, codes de bonne conduite, charte et autres règles éthiques, in Mélanges Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2007.

17 Comp. J. Beauchard, « la nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat » in Mélanges Le TOurneau, Dalloz, 2007, p. 37.

18 En ce sens : D. Ferrier, Le prix conseillé dans la franchise et la distribution sélective, in Prix imposé et prix conseillé, Etudes DGCCRF, 1989, p. 61.

directrices (Lignes directrices, pt n°224 et 225) à savoir si franchiseur lance un nouveau produit ou un nouveau service et que les prix imposés incitent les franchisés à augmenter leurs efforts, afin de faire de ce lancement un succès dans l'intérêt des consommateurs, ou bien pour organiser une campagne de prix bas coordonnée de courte durée ou enfin pour permettre au franchisé de réaliser une marge supplémentaire, afin qu'il puisse financer des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits complexes.

204 Ententes anticoncurrentielles. Les clauses du contrat de franchise voire le contrat de franchise lui-même sont susceptibles de tomber sous le coup des dispositions de l'article 101 TFUE ou L. 420-1 C. com. On retrouve alors les conditions d'application de ces règles, en termes de seuils de déclenchement des règles du droit de la concurrence ou d'exemption au dessous du seuil de 30%. Les clauses ou contrats sont donc exemptés en deçà, sauf restrictions caractérisées, et supposent un contrôle au-dessus.

On retrouve, ici, la question des prix imposés de revente, déjà envisagées et où les autorités de concurrence ont très largement décrit les pratiques. Ainsi, assiste-t-on à des systèmes de coefficient multiplicateur, des listes de prix, des fournitures de caisses enregistreuses préprogrammées ⁽¹⁹⁾, des campagnes publicitaires ⁽²⁰⁾ ou des pré-étiquetages impossibles à modifier ⁽²¹⁾, tout ce qui assure une pression ou une obligation de respecter les prix fixés par le franchiseur détermine une pratique prohibée.

On retrouve également la question de l'interdiction des rétrocessions dont l'interdiction conventionnelle serait une restriction caractérisée.

Enfin, la présence d'une clause d'approvisionnement exclusif se rencontre très fréquemment. C'est le cas, notamment des franchises de distribution ou industrielle mais aussi des autres formules de franchise dans lesquelles le franchiseur organise l'approvisionnement des accessoires, du mobilier par exemple. On trouve également souvent des clauses d'approvisionnement prioritaire (cf. supra). La Cour de cassation a considéré dans une affaire « Phildar » qu'une clause d'approvisionnement exclusif est valable si elle est indispensable pour préserver l'identité du réseau, sa cohérence ou la bonne diffusion des produits dans le réseau ⁽²²⁾. Il en résulte donc que les clauses

19 Déc. Cons. conc. n°96-D-36, 28 mai 1996, JCP, éd. E, 1998, obs. L. Vogel, Cah.dr.ent.1998/5, p. 24 obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud, D. 1997, somm. 63, obs.D. Ferrier.

20 Déc. Cons. conc. n°96-D-36, 28 mai 1996, préc.

21 Cf. Déc. Cons. conc. n°99-D-49, 6 juill. 1999, RJDA 2000, n°215 (hypothèse où les prix pouvaient être modifiés).

22 Cass. com., 10 janv. 1995, n° 92-17.892, D. 1997, somm. p. 58, obs. D. Ferrier

d'approvisionnement exclusif ne sont pas valables par principe comme associées à un contrat de franchise. Par exemple les clauses qui imposeraient un approvisionnement exclusif pour des éléments non indispensables, comme du mobilier ⁽²³⁾ ou des produits sans aucune spécificité particulière ⁽²⁴⁾.

§ 2. Validité au regard des règles du droit des contrats

205 « Cause » et validité du contrat de franchise. La définition du contrat de franchise implique que soit transmis, communiqués au franchisé un certain nombre d'éléments, en contrepartie du sacrifice financier réalisé par ce dernier, le savoir-faire et la marque et les signes distinctifs, ce dont il résulte que ces éléments doivent exister au jour de la conclusion du contrat.

206 Savoir-faire. Le système conventionnel de la franchise repose sur l'existence et la consistance du *savoir-faire* du franchiseur ; par ce savoir-faire, le franchisé va pouvoir réitérer la réussite commerciale du franchiseur.

Le contrat de franchise se distingue en effet des autres contrats de distribution par l'existence du savoir-faire et sa communication. A défaut de savoir-faire en effet, et sauf à faire l'objet de sanctions plus importantes, le contrat ne serait pas un contrat de franchise ⁽²⁵⁾ mais éventuellement un contrat de concession ⁽²⁶⁾ ou d'assistance ⁽²⁷⁾.

Le « savoir-faire » ou « know-how » peut être défini comme un ensemble d'informations dont dispose une personne pour la connaissance desquelles une autre personne est prête à verser une somme d'argent ⁽²⁸⁾ un ensemble d'informations et connaissances commerciales, techniques, financières qui ne sont pas immédiatement accessibles.

Aucune définition précise n'a cependant été proposée par la jurisprudence ou la réglementation, sinon pour identifier des procédés ou

23 Déc. Cons. conc., n° 99-D-49, 6 juill. 1999, *Yves Rocher*.

24 Déc. Cons. conc., n° 97-D-51, 24 juin 1997, *Hypromat France*, D. 1998, somm. p. 223, obs. Y. Serra (savon), Déc. Cons. conc. n° 96-D 36, 28 mai 1996, *Zannier*, D. 1997, somm. p. 63, obs. D. Ferrier (matériel informatique).

25 Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-17232 ; Cass. com., 18 déc. 2007, n°06-15970, LPA 13 nov. 2009, p. 94, n° 94.

26 Cf. Agen, 8 nov. 1977 et Paris, 3 nov. 1977, JCP 1979, II, 19027, note A. et E. Djian.

27 Cf. Paris 7 juin 1990, D. 1990, IR, 176, pour une requalification en contrat d'approvisionnement.

28 Cf. J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, 1984, n°12 ; R. Fabre, *Le Know-how, sa réservation en droit commun*, Litec, 1976, D. Baschet, *Le savoir-faire dans le contrat de franchise* : Gaz. Pal. 1994, 1, doct. p. 609, D. Ferrier, *Franchise et savoir-faire*, Mél. J.-J. Burst : Litec, 1997, p. 157, M. Malaurie-Vignal, *La protection des informations privilégiées et le savoir-faire*, D. 1997, chron. p. 207.

des tours de main ⁽²⁹⁾ des méthodes commerciales assurant la réussite du franchiseur ⁽³⁰⁾, assurant un avantage concurrentiel ⁽³¹⁾.

Le REC n°330/2010 (art. 1, g) propose en revanche un ensemble de critères le savoir-faire est « *un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci* ».

Il doit s'agir d'abord d'un « *ensemble...d'information* » ⁽³²⁾, c'est-à-dire des informations proprement dites, des savoirs, des techniques commerciales, financières. Il peut porter sur n'importe quel élément : la présentation des produits ⁽³³⁾, la méthode de vente...

Il doit s'agir d'un savoir-faire « *secret* », c'est-à-dire qu'il ne doit pas être aisément accessible même s'il s'agit de la combinaison d'éléments par eux-mêmes très connus. Il n'est pas nécessaire en effet que chaque élément individuel du savoir-faire soit totalement inconnu ⁽³⁴⁾, ou impossible à obtenir de dehors de la conclusion du contrat de franchise. Il est même possible que plusieurs entreprises aient développé un savoir-faire identique. Le caractère secret du savoir-faire repose donc non point des critères reposant sur les notions de droit de la propriété intellectuelle, mais sur le fait, simplement, qu'elle ne soit pas facilement accessible.

Le savoir-faire doit ensuite être « *substantiel* » en sorte que les informations qui le composent doivent être sérieuses, ou mieux originales et indispensables pour le franchisé. L'originalité est cependant relative en ce sens qu'elle n'est pas appréhendée au sens du droit de la propriété intellectuelle : il n'est donc pas nécessaire que le savoir faire soit nouveau et constitue une avancée au regard de l'état existant du commerce ⁽³⁵⁾. Cette originalité s'apprécie au cas par cas et non au regard d'un référent quelconque et dépend du produit ou des services distribués, du secteur, etc. Il peut s'agir du simple agencement de données connues, de modes opératoires, de techniques commerciales, l'aménagement du magasin, sa gestion ou son organisation. Dans certains secteurs, comme ceux de la restauration ou de la coiffure, où les réseaux de franchise sont très implantés, les éléments de savoir-faire sont

29 Cass. com., 13 juill. 1966, JCP CI 1967, II, 81684, note P. Durand.

30 Paris, 25 janv. 1975, PIBD 1975, III, p. 323.

31 Poitiers, 13 sept. 2005, LPA 9 nov. 2006, p. 9, n° 3 ; Cass. com., 3 oct. 1989, D. 1990, somm. p. 370, obs. D. Ferrier, CA Colmar, 9 juin 1982, D. 1982, p. 553, note J.-J. Burst, CA Paris, 18 juin 1992, 22 sept. 1992 et 27 mai 1993, D. 1995, somm. p. 76, obs. D. Ferrier.

32 Cass. com., 7 juill. 2004, JCP E 2004, Cah. dr. entr. 2004, n° 6, p. 10, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud ; D. 2005, p. 154, obs. D. Ferrier (assimilant de manière critiquable études prévisionnelles et savoir-faire du franchiseur).

33 Paris, 18 juin 1992, D. 1995, Somm. p. 76, obs. D. Ferrier.

34 Paris, 16 avr. 1991, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. Ferrier.

35 Paris, 12 janv. 1994 : RJDA 1994, n° 795 (fourniture de véhicules d'occasion)

particulièrement limités et pour autant validés ⁽³⁶⁾.

Substantiel le savoir-faire l'est également parce qu'il doit être indispensable et conférer un avantage économique au franchisé : le fait de détenir ce savoir-faire est un élément conséquent par rapport à un commerçant concurrent ne le maîtrisant pas.

Il en résulte vraisemblablement comme complément que le savoir-faire doit être « *expérimenté* ». En effet, pour être réellement utile le savoir-faire doit assurer un avantage pour le franchisé ce qui suppose que cet avantage ait été vérifié ⁽³⁷⁾. C'est souvent en ce sens qu'est posée l'exigence d'un « pilote » et d'une expérience, peu important alors que cette expérience ait été acquise à l'étranger et point en France.

Il convient en outre que le savoir-faire soit *renouvelé*, adapté. En effet, le savoir-faire doit assurer une réussite commerciale et un avantage économique permanent, et pas uniquement au moment de la conclusion du contrat. C'est d'ailleurs en ce sens que l'obligation d'assistance du franchiseur doit être exécutée au moment de la formation du contrat et tout au long de son exécution.

Le savoir-faire doit enfin être « *identifié* » en ce sens qu'il doit faire l'objet d'une description particulière et précise. Dans le jargon de la franchise le terme « bible » est très fréquemment utilisé pour faire valoir les caractères de la franchise et du savoir-faire qui la supporte. Ces manuels opérationnels comportent toutes les éléments nécessaires à la reproduction du concept franchisé, complété par des formations, des stages : le fait que les manuels identifient le savoir-faire et ne soient que la reproduction d'éléments basiques permet d'identifier le caractère inexistant du savoir-faire.

Une quatrième condition pourrait être posée au regard de la jurisprudence posée par la Cour de cassation en terme de *rentabilité*. Si en effet le contrat de franchise peut être annulé sur le fondement de l'erreur sur la rentabilité commise par le franchisé, c'est donc sans doute que le contrat, et donc son savoir-faire, doivent être rentables.

La réalité du savoir-faire s'apprécie alors dans sa globalité et non sur des détails : le véritable critère permettant de considérer que le savoir-faire est valable repose sur son efficacité et c'est au franchisé de prouver l'inexistence du savoir-faire..

207 Signes distinctifs. Le modèle de la franchise suppose une unité de ralliement de la clientèle, à travers une marque, connue. Il convient donc que le franchiseur dispose d'une marque enregistrée, voire d'une licence

36 Cf. Versailles, 11 mai 2006, D. 2007, p. 1914, obs. D. Ferrier.

37 Cass. civ., 1ère, 25 nov. 2009, n°08-15.927 CCC 2010, n°176, obs. N. Mathey, D. 2011, p. 551, obs. D. Ferrier (annulation du contrat de franchise pour dol en raison de l'inexistence du savoir faire et de l'inexpérience du franchiseur).

de marque ⁽³⁸⁾. Il importe également que la marque bénéficie d'une certaine notoriété ⁽³⁹⁾, ce qui suppose, sinon ancienneté, du moins investissement publicitaire pour assurer cette notoriété ⁽⁴⁰⁾. Les signes distinctifs utilisés sont d'ailleurs plus vastes que la marque ou ses dérivés, comme des messages publicitaires, voire des images, éventuellement des éléments de mobilier, voire la forme d'un meuble ou d'un bâtiment ⁽⁴¹⁾.

Il en résulte que la marque doit exister et être enregistrée avant la conclusion du contrat sauf à justifier la nullité du contrat de franchise ⁽⁴²⁾.

Section 2. Efficacité du contrat de franchise

§ 1 Formation du contrat de franchise

208 Processus de formation d'un contrat de franchise. Le poids de la loi Doubin s'impose ici de manière particulière de sorte qu'une période précontractuelle riche se développe.

En premier, les franchisés sont attirés par des éléments publicitaires variés, à commencer par l'impressionnant « Salon de la franchise » organisé par la Fédération Française de la Franchise où les franchiseurs vantent, avec des moyens parfois énormes, leur génie.

Le candidat franchisé entre alors en négociation, laquelle est au moins figée pendant 20 jours aux termes de l'article L. 330-3 du Code de commerce (et sur ce point, cf supra, n°), délai dans lequel le candidat franchisé doit recevoir les informations promises par ce texte, formant souvent une ensemble de deux documents distincts : le DIP, Document d'Information Précontractuel et l'éventuel et problématique « bilan prévisionnel », non exigé par ce texte et pourtant assez systématique, à l'origine de la jurisprudence sur *l'erreur sur la rentabilité* (cf supra, n°).

Cette période est propice à la conclusion de contrats préparatoires à un contrat de franchise, visant à réserver au candidat franchisé une zone particulière, moyennant d'une somme qui s'imputera sur le droit d'entrée terminal, paiement alors validé par le même article L. 330-3. Il pourrait s'agir d'une promesse, unilatérale ou synallagmatique, de contrat de

38 Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-00.515, RJDA 2003, n° 1169.

39 Cass. com., 9 oct. 1990, JCP E 1990, I, 39, n° 5, obs. J. Azéma, RTD civ. 1991, p. 325, obs. J. Mestre. Comp. I. Meunier-Coeur, Notoriété et renommée de la marque : Propr. industr. 2006, étude 12, N. Raynaud de Lage, La notoriété : D. 2000, chron., p. 513.

40 Cass. com., 12 juill. 1993, CCC 1993, n°207, obs. L. Vogel, Cass. com., 1er févr. 1994, CCC 1994, n°93, obs. L. Leveneur.

41 Cass. com., 11 janv. 2000, D. 2001, p. 468, obs. S. Durrande, Cass. Ire civ., 17 juin 2003, n° 01-17.650, Comm. com. électr. 2003, n°80, obs. C. Caron.

42 Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-19185.

franchise, par exemple conclu sous la condition suspensive de l'obtention de tel prêt ou de telle autorisation, la conclusion d'un bail, voire d'un contrat d'essai⁴³ au terme duquel le franchiseur (ou le franchisé) pourrait alors mettre fin au contrat en cas d'échec de l'essai, tout en conservant le montant du droit d'entrée, pratique alors très discutable. Les professionnels de la franchise présentent souvent une recommandation sage : choisissez une franchise ancienne et riche...

209 Contenu du contrat. La cause du contrat présente un intérêt tout particulier dans le contrat de franchisage dans la mesure où, sur le fondement de l'article 1162 du Code civil, les engagements de paiement de sommes d'argent du franchisé doivent avoir une contrepartie, à savoir la mise à disposition des signes de ralliement de la clientèle, dont la marque et la communication du savoir-faire. L'absence de savoir-faire, c'est-à-dire le défaut des éléments d'identification du savoir-faire (cf. supra) par exemple le fait que le savoir-faire ne soit pas original, ou non expérimenté, aboutit alors à l'absence de cause, totale ou partielle, du contrat (⁴⁴).

Il en est de même de l'absence de marque ou de son annulation (⁴⁵) ou de l'hypothèse, rarissime où le contrat de franchise serait fondé sur une cause illicite (⁴⁶).

§ 2 Contenu et exécution du contrat de franchise

210 Obligations du franchiseur, transmission du savoir-faire. La première obligation, principale, du franchiseur, est l'obligation de transmission du savoir-faire.

Celle-ci s'effectue de quelque manière que ce soit : remise de la « bible », ou de documents informatiques, voire vidéos, formation initiale, stages, intéressant le franchisé lui-même mais aussi et surtout les salariés. L'un des difficultés traditionnelles de la mise en œuvre d'un tel contrat repose sur le point de savoir si ces éléments de communication doivent être à la charge du franchiseur ou du franchisé. Du point de vue du droit commun des contrats, on peut considérer qu'il s'agit d'une obligation de délivrance de sorte que les frais de retraitement seraient par nature à la charge du franchisé (⁴⁷) mais on pourrait tout aussi bien

⁴³ Cf. N. Dissaux, « l'essai en matière de franchise », RTDcom. 2015, p. 405.

⁴⁴ Cass. com., 9 oct. 1990, JCP E 1990, I, 39, n° 5, obs. J. Azéma, RTD civ. 1991, p. 325, obs. J. Mestre, Cass. com. 26 juin 2007, CCC 2007, n°299, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP, éd. E, 2008, 1638, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud, Cass. com. 14 sept. 2010, CCC 2010, n°270, obs. M. Malaurie-Vignal.

⁴⁵ Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-00.515, RJDA 2003, n° 1169.

⁴⁶ Cass. civ. 1ère, 11 juin 1996, CCC 1996, n°16, obs. L. Leveneur (exercice illégal de la pharmacie et de la médecine).

⁴⁷ Cf. D. Ferrier, Droit de la distribution, n°701.

considérer que l'obligation de communication est une prestation qui doit donc s'exécuter, sans doute comme un obligation de résultat, en sorte que les conditions d'exécution devraient être à la charge du franchiseur. Rien n'interdit, en toute hypothèse, de mettre l'ensemble des coûts à la charge du franchisé. C'est le cas, généralement, des formations initiales et des frais accessoires à celles-ci.

211 Mise à disposition des signes de ralliement de la clientèle. Le franchiseur doit également mettre à la disposition du franchisé les signes de ralliement de la clientèle ce qui inclut un nombre souvent très important d'éléments : enseigne, marque(s), charte graphique, etc.

Il pourrait s'agir d'une licence de marque, notamment lorsque le franchisé est chargé de « produire » le produit ou le service réalisé par le franchisé ou bien une simple mise à disposition de ces signes distinctifs.

Il en résulte que, outre le fait que les signes distinctifs doivent exister, ils doivent également permettre de rendre performant le savoir-faire franchisé de sorte que le franchiseur doit être en mesure de réaliser des investissements publicitaires pour valoriser ces signes distinctifs.

212 Exclusivité territoriale. Quoique souvent précisée dans les contrats de franchisage, l'exclusivité territoriale n'est pas considérée comme étant de l'essence du contrat de franchisage⁽⁴⁸⁾, ce dont il résulte que le contrat n'est pas nul du seul fait qu'il ne contient pas de clause d'exclusivité territoriale, ni que le contrat de franchisage contient une telle exclusivité territoriale de fait ou résultant simplement de la situation spatiale du franchisé, ni encore qu'il ne serait plus un contrat de franchisage et devrait ce faisant être requalifié⁽⁴⁹⁾.

Une telle clause est cependant très fréquente car elle rassure le franchisé qui est alors certain de ne pas subir la présence d'un contrat concurrent sur le territoire ainsi défini.

L'exclusivité territoriale consentie peut ainsi être une exclusivité quant à la activité franchisée : le franchiseur s'interdit alors de d'implanter un autre point de vente franchisé sur le territoire déterminée par l'exclusivité. Il peut s'agir d'une exclusivité d'approvisionnement, ordinaire, ou encore une exclusivité d'enseigne ou de marque, par laquelle le franchiseur s'interdit d'implanter un distributeur quelle que soit la méthode utilisée, sur le territoire ainsi désigné. Quelle qu'elle soit, ou ses combinaisons, le franchiseur doit respecter une telle exclusivité territoriale, quand bien même elle ne serait pas de l'« essence » du contrat de franchisage, sauf à engager sa responsabilité contractuelle et

48 Cass. com., 19 nov. 2002, n° 01-13.492, RJDA 2003, n° 482 ; CJCE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, Pronuptia, préc.

49 Cass. com., 28 janv. 1980, JCP G 1981, II, 19533, note J. Azéma, Cass. com., 16 janv. 1990, D. 1990, somm. p. 369, obs. D. Ferrier, Cass. com., 19 nov. 2002, préc.

justifier la résiliation, éventuelle du contrat ⁽⁵⁰⁾. Toutefois, et comme toutes les clauses d'exclusivité territoriale, elle s'apprécie strictement, en fonction des termes contractuels prévus et non au-delà ⁽⁵¹⁾ et pour autant que la violation soit imputable au franchiseur ⁽⁵²⁾. Ainsi, n'est pas imputable au franchiseur la création d'un site Internet par le franchiseur ⁽⁵³⁾, ni le fait que le franchiseur acquiert des magasins directement ⁽⁵⁴⁾ ou encore implante un magasin sous une autre enseigne ⁽⁵⁵⁾.

En outre, en présence de clause d'exclusivité territoriale, le franchiseur doit assurer la police du réseau ⁽⁵⁶⁾ et faire respecter l'exclusivité concédée contre la violation de l'exclusivité par l'un des franchisés ⁽⁵⁷⁾ ou par un tiers ⁽⁵⁸⁾ sauf à engager sa responsabilité ⁽⁵⁹⁾.

213 Obligation d'assistance. Le troisième élément « caractéristique » de la franchise est l'existence d'une obligation d'assistance ⁽⁶⁰⁾. Cette obligation est en effet commune à de très nombreux contrats et s'assimile à une obligation d'information. Dans les contrats de franchise, cette obligation prend cependant une dimension essentielle en ce sens que cette obligation est au service de la vérification de l'efficacité de la répétition du savoir-faire.

D'ailleurs, les lignes directrices de 2010 considèrent que l'assistance donnée au franchisé est un élément primordial de l'absence de restriction de concurrence.

L'assistance est ainsi, comme les signes distinctifs, un élément participant du savoir-faire en sorte que l'absence d'obligation d'assistance réelle pourrait emporter résiliation voire annulation du

50 Comp. Cass. civ. 3ème, 4 mai 2006, n° 04-10.051, JCP G 2006, I, 10119, note O. Deshayes, D. 2006, p. 1454, note Y. Rouquet, RDC 2007, p. 419, obs. M. Behar-Touchais, à propos d'une exécution en nature de l'obligation, mais dans un contrat de bail.

51 Cass. com., 6 avr. 1999, RJDA 2000, n° 260, à propos d'un franchisé bénéficiant d'une exclusivité située dans un agglomération et qui revendiquait l'intégralité de celle-ci.

52 Cass. com., 14 janv. 2003, CCC 2003, n°70, obs. L. Leveneur ; LPA 15 juin 2004, p. 14, note E. Baccichetti et J.-P. Dom, à propos de « ventes sauvages » de produits revêtus de la marque du franchiseur sur le territoire de celui-ci.

53 Cass. com. 14 mars 2006, n°03-14639, *Flora partner*.

54 Cass. com. 11 janv. 2000, RJDA 2000, n°260.

55 Cass. com., 19 déc. 2006 : LPA 15 nov. 2007, p. 29, n° 96.

56 F. Chaput, Contrôler sa distribution : l'impossible pari : JCP E 2010, 1893.

57 Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-17.752, CCC 2007, n°121, obs. M. Malaurie-Vignal.

58 Cass. com., 3 nov. 2004, JCP E 2005, p. 1324, obs. D. Mainguy.

59 Cass. com., 1er juill. 2003, n° 99-17.183, CCC 2003, n°161, obs. M. Malaurie-Vignal.

60 F. Sergent, L'obligation d'assistance du franchiseur : LPA 2 nov. 2009, p. 7.1

contrat de franchise ⁽⁶¹⁾.

Cette obligation commence dès la conclusion du contrat, dure tout le temps de son exécution et se prolonge jusqu'à la rupture ou la résiliation du contrat de franchisage et doit être continue, et donc non occasionnelle.

L'obligation d'assistance suppose ainsi l'exécution d'obligations de conseils. Elle suppose la présence du franchiseur lors de l'ouverture, les conseils donnés en termes d'aménagement, de gestion, de solution, de publicité.

L'obligation d'assistance est considérée comme une obligation de résultats ⁽⁶²⁾, mais et c'est la difficulté, s'agissant de l'efficacité de cette obligation elle s'apprécie comme une obligation de moyens ⁽⁶³⁾, et doit être individualisée, notamment sur la base de visites, de suggestions voire de critiques, de propositions de solutions. La visite doit faire l'objet d'un compte rendu détaillé et être fournie au franchisé afin qu'il corrige les erreurs repérées ⁽⁶⁴⁾, mais le franchiseur n'engage pas sa responsabilité dès lors que le franchisé n'a jamais sollicité le franchiseur sur ses difficultés.

Toutefois, l'obligation d'assistance trouve sa limite dans l'indépendance du franchisé de sorte qu'il assume, seul, les risques et la gestion de son entreprise. C'est en ce sens que toutes les obligations qui dépassent l'obligation générale de contrôle de la gestion, de la tenue de la comptabilité et de l'audit du franchisé justifie la rémunération des prestations du franchiseur, à travers les redevances payés par ce dernier.

L'obligation d'assistance suppose aussi que le franchiseur adapte, modernise, actualise le savoir-faire, les signes de ralliements de la clientèle et qu'il communique ce faisant les nouveautés à tous les franchisés ⁽⁶⁵⁾, notamment par une formation continue, des revues internes, des conférences, souvent dites « conventions », des animations, des promotions, etc.

L'ensemble s'inscrit dans une exigence de cohérence contractuelle : le franchiseur doit faire en sorte que le franchisé réussisse la réitération de l'expérience commerciale franchisée et doit faire en sorte que le réseau, dont le contrat fait partie, maintienne son dynamisme et se développe.

Cela étant, le contrat de franchise n'est pas une garantie de rentabilité de l'activité du franchisé, ce dernier reste maître de son exploitation et assume le risque de son entreprise, sous la réserve, cependant, des conséquences de l'arrêt du 4 octobre 2011 (cf. supra) qui avait fondé le

61 Cass. com., 17 nov. 1998, JCP E 1999, Cah. dr. entr. 1999, n° 2, obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud, Paris, 5 juill. 2006, rebaudo c/ Speed Rabbit Pizza : D. 2007, p. 1917, obs. D. Ferrier.

62 Cass. com., 1er févr. 1994 CCC 1994, n°93, obs. L. Leveneur.

63 Paris, 23 janv. 1992, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. Ferrier.

64 Cass. com., 20 juin 2006, LPA 9 nov. 2006, p. 22, n° 55.

65 Paris, 21 et 29 janv. 2009, LPA 13 nov. 2009, p. 45, n° 109.

principe de l'erreur sur la rentabilité commise par le franchisé et qui implique un regard sur la conception que l'on se fait du contrat de franchise : offre-t-il une simple espérance de réussite, dont la réalité dépend de facteurs diffus comme la qualité du savoir-faire, l'action du franchisé, l'intérêt commercial du point de vente, etc. ou bien au contraire, le contrat de franchise est-il considéré comme une forme d'homothétie contractuelle : le franchisé reproduit l'expérience du franchiseur ; cette expérience, établie et fructueuse, suppose la réussite du franchisé. Sans répondre précisément à cette question, l'arrêt de la cour de cassation du 4 octobre 2011 permet indirectement de se positionner dans cette deuxième considération du contrat de franchise : l'erreur commise sur la rentabilité de l'activité exercée permet l'annulation du contrat. Ce dont il résulte que l'aléa contractuel résultant de la conclusion d'un contrat de franchise est supporté par le franchiseur.

Cette considération n'est pas propre à exonérer le franchisé de ses fautes ou de ses erreurs de gestion, mais simplement de faire peser le risque indépendant du franchiseur ou du franchisé sur le franchiseur.

214 Approvisionnement et fourniture. Pour autant qu'elle soit valable (cf. supra), et donc si elle est indispensable pour préserver l'identité et la réputation du réseau, la clause d'approvisionnement, exclusif ou non, doit alors être exécutée ⁽⁶⁶⁾.

215 Obligations du franchisé. Le franchisé est un commerçant, en principe (mais il pourrait être un artisan, un professionnel libéral voire un agriculteur, ou un professionnel libéral), indépendant et le plus souvent organisé sous la forme d'une personne morale, ne serait-ce que pour éviter l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail, voire pour détenir une participation dans la société du franchisé ⁽⁶⁷⁾.

Les conséquences de l'absence d'indépendance du franchisé, outre l'article L. 7321-2 du Code du travail, impliquent l'éventuelle requalification du contrat de franchise, en une formule d'intermédiation du commerce, par exemple en contrat de commissionnaire voire d'agence commerciale.

216 Exécution conforme. L'obligation du franchisé étant de réitérer le savoir-faire, et en supposant que le savoir-faire permette effectivement la réussite du franchisé, il en résulte que ce dernier doit se conformer strictement aux normes de la franchise dans les conditions posées par le contrat : le non respect des exigences en termes de présentation des

66 Cass. com., 28 juin 2005, LPA 8 mars 2006, p. 9, obs. D. Mainguy, J.-L. Respaud et V. Cadoret.

67 D. Cillero Valdevira, La prise de participation par la tête de réseau dans le capital de la société distributrice, CDE 2010, n° 4, dossier 20.

produits, de gestion comptable, d'aménagement du point de vente.

Le non respect de cette obligation emporte la mise en œuvre des mécanismes de sanction, telles que prévues par le contrat ou par les règles du droit commun supplétif des contrats ⁽⁶⁸⁾. La sévérité du franchiseur en la matière est en outre parfaitement compatible avec les règles du droit de la concurrence, dont les lignes directrices de 2010, comme auparavant celles de 1999 et le Règlement de 1988, considèrent que le respect des normes de la franchise n'est pas restrictive de concurrence.

Le franchisé est ainsi tenu d'exécuter le contrat dans les lieux, dont l'aménagement, l'architecture parfois, la décoration sont définis par le franchiseur. Il peut ainsi s'opposer à toute modification et même au transfert du local.

Il peut être tenu de n'utiliser que des éléments matériels d'exploitation préconisés par le franchiseur, éventuellement d'ailleurs sous la forme d'une obligation d'acquiescer ces éléments auprès du fournisseur, sous la réserve, cependant, des limites posées par le droit de la concurrence sur ces engagements d'exclusivité d'achat : ils doivent être nécessaire à la préservation de l'identité du réseau et du savoir-faire. C'est par exemple une question très précise pour les franchises de restauration ou d'hôtellerie, voire de bars, mais également dans d'autres secteurs, et la démonstration de ce caractère essentiel repose sur le franchiseur.

Le franchisé doit également respecter les normes de commercialisation : les conseils, la présentation, la démonstration, les services, la garantie, etc., mais également les normes promotionnelles, les jeux, les concours, les anniversaires et la publicité. Il s'agit là encore souvent d'un point d'achoppement entre franchisés et franchiseur, s'agissant de la publicité locale que le franchiseur peut exiger du franchisé, avec l'assistance ou l'aval du franchiseur. Enfin, s'inscrit dans cette hypothèse, la question du respect des prix préconisés par le franchiseur, sous la menace de la sanction des prix imposés.

Se pose en outre, dans ce contrat comme pour les autres types de contrats de distribution, la question de l'utilisation d'un site Internet par le franchisé. Toutefois, si, en droit commun des contrats de distribution, il ne semble pas possible d'interdire à un distributeur d'utiliser l'Internet, on peut se demander si cette interdiction, ne permettrait pas de constituer l'une des exceptions posées en droit européen de la concurrence (cf. supra), pour autant que la démonstration puisse être faite que l'interdiction d'un site Internet soit conforme d'une part au savoir-faire tel qu'il est communiqué et d'autre part, que la restriction soit indispensable au savoir faire.

En outre, le franchisé, tenu d'appliquer les normes de

68 Cass. com., 9 déc. 1986 : D. 1988, somm. p. 22, obs. D. Ferrier.

commercialisation de la franchise doit participer à l'exécution de cette obligation.

Ainsi le franchisé peut être tenu de suivre, ainsi que son personnel, la formation initiale dispensée par le franchiseur, mais également la formation continue, les « conventions », les stages, de formation, etc., quand bien même ils seraient effectués à titre onéreux ⁽⁶⁹⁾.

Participe de la bonne exécution de ses obligations, le respect d'une clause de confidentialité par le franchisé, liée à la non communication des éléments communiqués, et d'imposer la stipulation d'une telle obligation à son personnel, mais encore le respect d'une obligation de non concurrence, et par exemple de ne pas exercer une activité similaire à celle franchisée dans un territoire où il concurrencerait le franchiseur ou un autre franchisé (cf. Lignes directrices, pt 45), voire de ne pas participer au capital d'une telle entreprise ⁽⁷⁰⁾ et dont l'étendue dépend du contenu du contrat et des incidences concurrentielles : ainsi la clause de non concurrence se justifie-t-elle pour l'intérêt du réseau et la préservation du savoir-faire, mais il n'est pas certain qu'une clause interdisant d'exercer des activités complémentaires ou accessoires soit valable de manière si évidente.

En outre, le franchisé doit être en mesure d'informer le franchiseur sur son activité, de manière à favoriser le contrôle réalisé par le franchiseur, s'agissant de ses comptes, de son activité, de son personnel, etc., mais également toutes les difficultés qu'il rencontrerait dans l'exploitation de son point de vente ou encore les éléments favorables, les éventuelles améliorations du savoir-faire qu'il pourrait identifier.

217 Obligation de payer le prix de la franchise. Le contrat de franchise est un contrat à titre onéreux, comme les autres contrats de distribution, mais ici, cette onérosité passe le plus souvent par une contrepartie directe qui s'exprime par une obligation de payer des sommes d'argent.

Celles-ci sont le plus souvent distinguées selon qu'elles sont le paiement d'un « droit d'entrée » ou de « redevances », lesquelles sont licites au regard du droit européen de la concurrence (Lignes directrices, pt. 189).

Le droit d'entrée est parfois considéré comme le paiement de la mise à la disposition du franchisé des éléments nécessaires à la réitération du savoir-faire, tandis que la redevance serait la rémunération de l'assistance par le franchiseur.

Cette distinction, et la correspondance entre le prix payé et la contrepartie obtenue peut cependant être discutée, et pas seulement pour des raisons comptables ou fiscales.

69 Cf. Paris, 14 févr. 1991, D. 1993, somm. 392, obs D. Ferrier.

70 Cass. com., 16 janv. 2007, n° 04-10.823, LPA 15 nov. 2007, p. 36, n° 122.

Ainsi, on considère parfois que le droit d'entrée est la contrepartie du droit d'accès à la franchise pourrait conduire à considérer que le savoir-faire serait une immobilisation incorporelle chez le franchisé. Semble militer en ce sens l'obligation de paiement du droit d'entrée à chaque renouvellement.

Cependant, cette considération est souvent incorrecte du point de vue du droit des contrats : le droit d'entrée est plus vraisemblablement la contrepartie du savoir-faire communiqué par le franchiseur, tandis que les redevances sont la contrepartie des autres éléments, des signes distinctifs et de l'assistance. S'ajoute souvent une redevance visant à la participation à la publicité nationale du franchiseur, mais également le prix des diverses formations, sans compter le prix de l'activité elle-même, les éléments cédés par le fournisseur ou les approvisionnements, s'il y a lieu.

Le plus souvent, le droit d'entrée est déterminé de manière forfaitaire, tandis que les redevances sont envisagées de manière proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé par le franchisé (d'où l'importance du contrôle réalisé par le franchiseur, puisque les redevances dues dépendent de cette information), ou bien un minimum forfaitaire auquel est ajouté un prix proportionnel. La plupart des contrats prévoient des exigibilités précises, dont le non respect est une cause légitime de résiliation du contrat. Parfois, des mécanismes plus complexes sont envisagés et de validité douteuse, comme la perte des ristournes qui seraient dues sur l'année, alors que le contrat est résilié par le franchisé, ou encore le report du paiement du droit d'entrée à la fin du contrat, et calculé proportionnellement au chiffre d'affaires du franchisé, et qui ne l'incite guère à mettre fin au contrat.