L'arrêt Félicitas ou la confirmation de l'originalité du contrat de franchise

La cour d'Appel de Colmar, le 9 juin 1982 (dalloz 1982 page 583, note J.J. Burst) après de longues péripéthies judiciaires consacre sa véritable qualification au contrat de franchise signé entre la société Félicitas, institut psycho-matrimonial et un de ses franchisés, monsieur Bernard Georges.

franchise est l'assistance perma-

a société Félicitas qui avait consenti un élargissement du territoire d'exclusivité et une autorisation d'installer un second centre à monsieur Georges, ne fut plus payée de ses redevances et actionna ce dernier en résiliation de son contrat de franchise. Pour sa défense, le franchisé invoquait la disqualification du contrat en licence de marque, puis la nullité du contrat pour défaut de cause car le savoir-faire communiqué n'était pas original, l'assistance technique nulle et les services rendus payés en sus de la redevance, et enfin prétendait que la clientèle lui appartenant, la clause de non-concurrence ne pouvait lui être appliquée sauf à lui verser une indemnité.

Il s'agit là de la rançon du succès de la franchise qui permet la reproduction d'une réussite commerciale. Cette réussite se concrétise selon la définition du contrat de franchise adopté par la Cour (identique à celle donné par la Fédération française du franchisage) par un nom commercial, des sigles et symboles, une marque ainsi qu'un savoir-faire et une collection de produits ou services offerts d'une manière originale et spécifique et exploitée suivant des techniques commerciales, uniformes, préalablement expérimentées, constamment mises au point et contrôlées. Mais qu'en est-il si le contrat lui-même est remis en cause après quelques années d'exploitation lucratives lorsque le franchisé maîtrise bien sa technique de vente ou de prestation de services et à qui appartient la clientèle s'il se retire du réseau?

Le développement du réseau et le savoir-faire

La différence entre le contrat de licence de marque et le contrat de

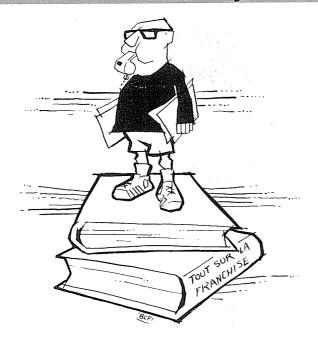
nente. la technique originale de présentation du produit ou service constituée par le savoir-faire, et la reproduction de cette technique à un grand nombre d'exemplaires suivant le modèle standard du franchiseur. C'est "l'emballage", ce "plus" original qui attire la clientèle davantage que le produit ou service traditionnel. Cette technique visible, et quelques fois, invisible pour le client est surtout individualisée par la marque qui possède déjà un certain renom au moins local, lors du démarrage du réseau. Cependant, si le franchisé est prêt à payer un droit d'entrée et des redevances pour bénéficier du "package" (le "concept" constitu-tif de la franchise) lorsqu'il est non initié, il est plus réticent s'il crée un autre centre ou une autre agence sous la même enseigne. L'intérêt de l'arrêt de la Cour de Colmar est d'une part de situer à la formation du contrat, la cause des divers versements stipulés au contrat de franchise et d'autre part de se contenter de la recherche par le candidat franchisé des techniques développées par le franchiseur pour en conclure à la spécificité et à l'originalité de ces dernières. En conséquence, d'après la Cour de Colmar, pour qu'il y ait savoir-faire, il faut que le franchiseur puisse éviter au candidat franchisé la nécessité de 'poursuivre" des recherches et des expériences personnelles dans un domaine où il ignorait tout. C'est la nécessité d'une telle démarche qui souligne, à elle seule, toujours d'après la Cour de Colmar, la spécificité et l'originalité des techniques et services dont la connaissance est recherchée. La jurisprudence semble donc exiger pour que le savoirfaire soit véritable deux qualités, savoir : la spécificité ; l'originalité. Ces deux qualités résultant de la simple recherche par le candidat franchisé de la communication du savoir-faire du franchiseur en acceptant de payer un droit d'entrée.

Il est à remarquer à cet égard que la nature non-protégeable du savoir-faire, exige que ce savoirfaire initial ne puisse être transmis qu'en contre-partie d'une somme forfaitaire. En aucun cas, un savoir-faire seul ne devrait être rémunéré par un paiement à exécution successive, sauf si ce savoir-faire ne peut être utilement exploité qu'accompagné d'une assistance technique permanente. Quoiqu'il en soit, il est à conseiller au franchiseur de se ménager des preuves quant à la réalité des connaissances transmises tant dans la rédaction de la convention de franchisage que dans le contenu des informations communiquées par la suite, afin d'éviter l'aboutisssement de toute action en nullité des franchisés en rupture de réseau pour défaut d'un élément subtantiel du contrat

Un élément de la définition du contrat de franchise tel que développé par la Cour semble malgré tout, avoir échapper à son analyse. Il s'agit de la mise au point constante et du contrôle de la technique communiquée. Aucun des attendus de la Cour ne répondent en effet à ces critères, pourtant importants, de la définition du franchisage qu'elle a précisée.

En effet, la reproduction progressive sur un réseau de 50 à 100 franchisés de l'expérience réussie sur trois boutiques ou agences (3 pilotes exploités durant deux ans ou règle des trois-deux, développé par maître Olivier Gast) pose constamment des problèmes de croissance, de lien entre le franchiseur et les franchisés, de dépenses communes de publicité, de promotion, de modernisation des procédés tant techniques que commerciaux. Ainsi les contrats

DOSSIER-JURISPRUDENCE



de franchise prévoieront en principe la communication des perfectionnements et de l'adaptation des techniques incluses dans le savoir-faire initial communiqué et ce, aussi bien du franchiseur vers chacun des franchisés qu'inversement. Tout transfert de savoirfaire dans le domaine de la franchise doit être à notre avis, subordonné au retour de l'information (ou feef-back). Ceci, car tout savoir-faire doit être évolutif et un savoir qui n'évolue pas est un savoir dépassé qui se dévalorise pour devenir inadapté au marché et à la concurrence. Dans l'espèce Félicitas, il semblerait que la Cour se soit satisfaite de l'accès au fichier, de la possibilité d'une assistance conseil en tous les domaines concernés par une agence matrimoniale pour démontrer une continuité dans la mise au point du savoir-faire de la chaîne Félicitas. De plus, il ressort des attendus de l'arrêt que le franchisé pavait en sus les frais d'utilisation du fichier et de l'assistance-conseil, ce qui l'amenait à dénoncer la véritable transmission de savoir-faire puisqu'il devait payer pour obtenir la communication réelle des renseignements du franchiseur et par conséquent, l'entraînait à dénoncer le caractère "de franchise" du contrat. On peut se demander si la transmission de la mise à jour de la technique et son contrôle doivent être automatiques et nononéreuses pour le franchisé. C'est par la négative qu'a répondu la Cour de Colmar, en l'absence de clause précise dans le contrat.

Cependant, il semble découler

de la définition même du contrat, comme accessoire de la communication de savoir-faire par le franchiseur, que tout perfectionnement sur ledit savoir-faire initial doit être transmis au franchisé, même en l'absence de clause contractuelle (pour une appréciation similaire concernant la licence de brevet, voir JJ Burst et A. Chavanne -droit de la propriété industrielle— précis dalloz nº 240). La transmission des perfectionnements est en fait la contrepartie partielle des redevances versées, car devant l'évolution des techniques, un franchiseur se doit pour éviter toute désaffection de son réseau, d'adapter son savoir-faire dans le temps surtout au vue de l'expérience de chacun de ses franchisés (feed-back). Aussi, pour éviter toute contestation, il nous semble nécesaire de prévoir un échange de renseignements, l'un des franchisés vers le franchiseur pour qu'il perfectionne sa technique constamment, et l'autre du franchiseur vers tous ses franchisés pour la mise au point et l'harmonisation du savoir-faire transmis. A cet égard donc, on peut reprocher à la Cour de Colmar de ne pas avoir recherché si le savoir-faire avait été mis au point en permanence par la société Félicitas après sa communication initiale. Cependant, cette critique est atténuée par la constatation faite par la cour de la satisfaction du franchisé jusqu'au jour de ses difficultés de trésorerie. Ainsi, elle déduit l'existence d'un savoir-faire et son perfectionnement de la bonne marche du réseau. Après avoir rejeté le grief de nullité du contrat et avoir cerné la réalité du savoirfaire, la Cour tranche le différend sur la conséquence de la résiliation du contrat.

Le développement de la clientèle et la clause de non concurrence

A la fin du contrat, pour quelque cause que ce soit, il est très fréquent que le franchiseur demande l'application d'une clause de nonconcurrence. Cette clause est désormais classique en matière de franchise et peut être qualifiée d'essentielle afin que le franchiseur maîtrise son réseau et évite le développement de réseaux concurrents parallèles, bénéficiant de ce fait d'un savoir-faire acquis grâce au travail du franchiseur. Dans notre espèce, le franchisé Félicitas avait, à la suite de la rupture du contrat, créé une nouvelle agence sous un autre nom, au même endroit, et prétendait que la clause de non-concurrence était inapplicable dans la mesure où la clientèle avait été entièrement créée et développée par lui. lci se pose donc un problème déjà résolu sur la validité des clauses de non-concurrence mais dont l'application aux contrats de franchise pourrait avoir des conséquences très importantes sur l'existence d'un fonds de commerce du franchisé. En effet, la Cour de Colmar entérine une solution classique, la validité de la clause de non-concurrence dans la mesure où elle est limitée dans le temps, l'espace et l'activité, et la "pleinement licite en déclare matière de franchisage" car "elle répond à l'intérêt légitime de la société bénéficiaire de l'obligation". Seules seraient illicites et permettraient éventuellement d'accorder des dommages et intérêts à l'ancien franchisé, les clauses prohibitives ou manœuvres dolosives du franchiseur. Mais cette consécration réitérée de la validité contractuelle d'une clause de non-concurrence, en l'espèce dans le franchisage, pose le problème de la propriété de la clientèle à laquelle la Cour n'a pas répondu. En effet, le franchisé est propriétaire de son fonds et quelquefois de ses murs, il a la qualité de commerçant, il agit en son nom et pour son propre compte, en prenant les risques commerciaux. Pourtant cela semble, dans les faits, inexact. Le franchisé agit surtout et essentiellement sous le nom franchiseur, sous son enseigne, selon ses techniques, tout cela bien souvent avec exclusivité pour l'activité franchisée. On peut donc s'interroger sur le titulaire de la clientèle. Dans une franchise de distribution de produits, il semblerait que la clientèle s'attache au franchiseur et non pas au franchisé. Cela est moins vrai dans une franchise de prestation de services où le rapport personnel franchisé-clientèle est plus fort. lci, il semble que la clientèle puisse être essentiellement rattachée à la marque. De ce fait, le jour où le franchisé ne fera plus partie du réseau et perdra tout droit à la marque et à l'enseigne, deux situations peuvent se présenter :

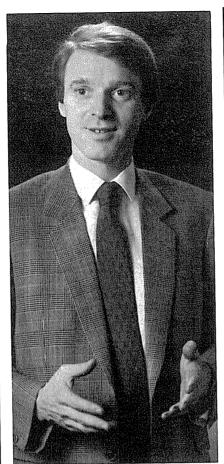
- soit il vend le fonds qu'il exploite à son successeur, et peut ainsi réaliser la valeur de la clientèle qu'il a constituée ou aidé à

constituer:

- soit il conserve son local, mais ne peut l'utiliser que pour un usage différent de l'activité franchisée, et abandonne de ce fait sa clientèle (conséquence de l'application de la clause de non-

concurrence).

En conséquence, il n'y aurait de clientèle que dans le cadre du réseau. Cette clientèle est potentielle à la formation du contrat mais conditionnée à la poursuite du contrat. Une telle clientèle ne peut "appartenir" au franchisé sauf l'exception des professions à très fort taux "d'intuitus personae" vis-à-vis de la clientèle. Dès lors, on peut se demander quelle est la valeur du fonds de commerce exploité par le franchisé, car, hors du réseau, la clientèle n'est plus exploitable. Aussi bien, le seul élément incorporel restant dans le fonds de l'ancien franchisé est le droit au bail. Il reste en outre à s'interroger sur le fait que le propriétaire des murs pourrait éventuellement écarter l'application du droit au renouvellement à son preneur sans clientèle. On rappellera cet égard la jurisprudence concernant le droit au renouvellement (propriété commerciale prévue au décret du 30.9.1953) qui exige pour son application que le commerçant locataire ait une clientèle propre (cassation plénière 24.4.1970, D 70, 381 et qu'il exploite son fonds dans les lieux depuis trois ans au moins lors du renouvellement, sans avoir cessé son exploitation autrement que pour un cas de force majeure (cassation civile 14.5.1969 - JCP 1969



Michel Kahn directeur-fondateur de Félicitas

IV - 166 et 11.12.1979, Revue des Lovers 1980-152). Ainsi, soit par le biais du défaut de clientèle propre, soit par le biais de l'expiration du contrat de franchise avec clause de non-concurrence, peu de temps avant ou au moment du renouvellement du bail, le franchisé pourrait perdre tout droit à la propriété commerciale dont ses concurrents sont titulaires. De plus, bien souvent, les baux commerciaux sont conclus pour une activité spécifique. La résiliation ou l'expiration du contrat de franchise interdisant toute exploitation concurrente dans les locaux entraînera par contre-coup la cessation d'exploiter même une autre activité sauf accord du propriétaire. On ne saurait donc trop conseiller au candidat franchisé, même s'il conserve le bénéfice de la propriété commerciale, de se faire consentir des baux "tous commerces" au démarrage de leur activité. Les autres éléments du fonds à l'expiration du contrat qui sont concrétisés par le matériel et l'agencement, sont bien souvent conçus exclusivement pour la franchise concernée et seront donc inutilisables à l'issue

du contrat. En définitive, si le franchisé veut sortir du réseau, la seule solution pour éviter toute dévalorisation de son exploitation, sauf à pouvoir négocier un éventuel pas de porte, est la cession globale de son exploitation à son successeur agréé. Ainsi, il est apparu logique à certains auteurs (Lamy commerciel nº 2593) de considérer que le franchisé n'est qu'exploitant d'une clientèle qu'il a développé pour le compte du réseau de franchise et que le franchiseur faisant jouer la clause de non-concurrence doit, s'il ne veut ou ne peut permettre au franchisé d'avoir un successeur en ses lieu et place, une indemnité de clientèle au franchisé sortant. Il semble en effet à l'analyse que l'on puisse considérer que c'est le franchisé lui-même qui paie cette indemnité dans les redevances proportionnelles qu'il verse, puisque le versement de ces sommes est lié à la continuation de l'exploitation de la clientèle. De plus, la redevance est en propre la contrepartie des prestations du franchiseur et c'est avec ces prestations que le franchisé développe sa clientèle? Ainsi, il a pu sembler illogique à ces auteurs d'ôter toute valeur au fonds du franchisé sortant alors qu'il a payé pour le développer. En fait, nous constatons que pour les franchises déjà développées pour lesquelles surgiront le plus de problèmes, hormis les clauses de non-concurrence, le franchiseur n'est pas désarmé sur le plan juridique pour faire respecter l'intégrité de son réseau, car :

la clientèle est essentiellement attachée à la marque et donc le même commerçant, dans un local réaménagé, vendant d'autres produits, n'aura pas le même impact et verra sa clientèle s'amenuiser,

s'il veut utiliser la même marque ou une marque similaire, l'ac tion en contrefaçon est ouverte au franchiseur,

le savoir-faire évoluera très vite et le commerçant indépendant ne pourra suivre les mises a jour,

- la clause de confidentialité interdira à l'ancien franchisé de dévoiler les secrets du savoir-faire à des tiers,

- la responsabilité de l'ancien franchisé pour concurrence déloyale peut également être engagée s'il copie de manière trop servile le modèle de son ancien réseau.

En conséquence, une telle clause de non-concurrence a pu paraître comme superflue. La Cour de Colmar, en validant une

Arrêt de la Cour d'appel de colmar

(SARL F... C. G...) — ARRET

LA COUR: - (...); Attendu, au fond, que la cause, élément de formation de la convention, est la prestation promise, non la prestation exécutée, la contrepartie convenue, non la contrepartie réalisée, de sorte que c'est au moment de la formation du contrat qu'il faut se placer pour savoir si elle existe et que l'absence de cause de la convention ne saurait être déduite, comme entend le soutenir Bernard G..., de circonstances survenues ultérieurement; — Attendu qu'au 25 févr. 1974, l'engagement prix par G... avait pour contrepartie celui souscrit par F... dans le cadre d'obligations réciproques et interdépendantes et que reste seulement à déterminer quelle était la qualification juridique du contrat ainsi valablement conclu entre les parties et dans quelle mesure chacune de celles-ci en a assumé l'exécution ; — Attendu qu'a hauteur d'appel comme en première instance, la SARL F... IPM et Bernard G... sont d'accord pour admettre qu'un contrat de franchise doit comporter la mise à la disposition du franchisé par le franchiseur d'un nom commercial, de sigles et symboles, d'une marque ainsi que d'un savoir-faire et d'une collection de produits ou de services offerts d'une manière originale et spécifique et exploités suivant des techniques commerciales uniformes préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées ; — Attendu que la simple lecture du contrat du 25 févr. 1974, intitulé "contrat de concession de franchise" fait apparaître que celui-ci contient dans ce qu'il prévoit, tous les éléments constitutifs répondant à cette féfinition et que, contrairement à l'opinion émise par les premiers juges, il doit s'analyser, non en un contrat de concession de marque assorti de prestations de services, mais en un contrat de franchise, qu'au demeurant G....a considéré comme tel pendant plusieurs années, y compris dans une lettre du 1er juin 1977, avant d'en contester très tardivement la nature; - Attendu qu'il ressort des pièces justificatives versées au dossier qu'en fait outre la concession exlusive de l'enseigne "F...", Institut psychomatrimonial Bernard G... a bénéficié d'un accès aux fichiers et d'une assistance conseil pour les problèmes techniques, psychologiques, commerciaux, administratifs, publicitaires, juridiques et fiscaux, qui lui ont procuré, quoi qu'il en dise, un véritable savoir faire ; — Attendu que sans doute G... soutient que ces techniques et services étaient dépourvus d'originalité et qu'abusivement la SARL F... a exigé pour la plupart d'entre eux une rémunération venant s'ajouter à la redevance mensuelle; - Attendu cependant qu'à l'évidence c'est précisément en vue d'acquerrir, immédiatement et sans avoir à poursuivre des recherches et des expériences personnelles, un savoir-faire dont il ignorait tout que Bernard G... s'est adressé à la SARL F... et que la nécessité d'une telle démarche souligne à elle seule la spécificité et l'originalité des techniques et services dont la connaissance était recherchée; - Attendu qu'en outre et contrairement aux prétentions émises par G... il tombe sous le sens que les frais d'utilisation des moyens conçus, réalisés et mis à sa disposition, loin d'être englobés dans la redevance prévue à l'art. 6 du contrat, devaient faire l'objet d'un paiement en sus de celle-ci au profit de la SARL F...; -Attendu qu'en réalité il est clair que Bernard G..., qui n'avait marqué aucune insatisfaction et avait même souhaité et obtenu une extension territoriale du contrat de franchise par avenant du 26 oct. 1976, n'a commencé à élever des contestations et à cesser d'exécuter ses obligations qu'à partir du moment où il a connu de sérieuses difficultés de trésorerie; Attendu qu'il convient, dans ces conditions, en infirmant le jugement entrepris, de contater la résiliation du contrat de franchise du 25 févr. 1974 au torts de Bernard G... à compter de la sommation interpellative du 10 juin 1977 pour non-paiement des redevances prévues et, sans que celuici puisse prétendre à une quelconque restitution, de le condamner à payer à la SARL F... la somme de 13.579,12 F au titre des redevances impayées des mois de février, mars, avril et mai 1977; - Attendu que, compte tenu de l'intérêt retiré de l'exécution du contrat par la SARL F... pendant plus de trois années, il y a lieu de modérer l'indemnité contractuelle prévue à l'art. 20 en considérant que le dommage n'est pas supérieur à 5.000 F; - Attendu que, de ces deux chefs, réunis, c'est donc un montant de 18.579,12 F que Bernard G... devra payer à la SARL F..., avec intérêts aux taux légal à dater de la sommation interpellative du 10 juin 1977; - Attendu que si, en l'absence d'une clause prohibitive insérée au contrat ou de la preuve de manœuvres dolosives de la partie adverse, G... n'est pas en mesure de prétendre à l'allocation de dommages intérêts pour accaparement de clientèle, il en va différement du comportement de l'intéressé lui-même, lequel, en exploitant à la même adresse parès le 10 juin 1977 une agence matrimoniale sous la dénomination "Relation nouvelle", a violé la clause de non-concurrence insérée à l'art. 17 du contrat du 25 févr. 1974 et pleinement licite en matière de franchisage, dès lors que, répondant à l'intérêt légitime de la société bénéficiaire, elle était limitée dans le temps, dans l'espace et quant au secteur d'activité; - Attendu que l'indemnité réclamée à ce titre par la SARL F... apparaît toutefois excessive et que la cour estime pouvoir en arrêter le montant à la somme de 25.000 F, assortie des intérêts au taux légal à compter du présent arrêt; -Attendu que pareillement une indemnité de 2.000 F, avec mêmes intérêts, suffira à assurer la réparation du préjudice commercial causé à la SARLF... par les agissements de G..., si l'on considère que ceux-ci ont fait seulement l'objet de dénonciations isolées et que l'article du journal Le Meilleur invoqué par ladite société, s'il relève des griefs à l'encontre de la "succursale toulousaine", ne manque pas de souligner le sérieux de la "maison strasbourgeoise"; Vu, en ce qui concerne les dépens, l'art. 696 nouv. c. pr. civ. ;

Par ces motifs,..., au fond, faisant partiellement droit à l'appel principal et rejetant l'appel incident, infirme le jugement entrepris (Trib. grande inst. Strasbourg. 4 mai 1979) statuant à nouveau, constate la résiliation du contrat de franchise du 25 févr. 1974 aux torts de Bernard G... à compter du 10 juin 1977, comdamne Bernard G... à payer à la SARL F... IPM: 1º la somme de 18.579, 12 F, avec intérêts au taux légal à compter du 10 juin 1977; 2º la somme de 2.700 F avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt.

Du 9 juin 1982. — C. de Colmar, 1^{re} ch. civ. — MM. Rozet, pr. — Meistermann et Lafarge (ce dernier du barreau de Paris), av.

telle clause de non-concurrence, et en écartant toute demande d'indemnité de clientèle de la part du franchisé, risque d'entraîner tous les franchisés dans un régime juridique qui les exclut de la propriété commerciale, ce qui serait un sérieux handicap par rapport à la concurrence dans la recherche de locaux en début de contrat (sauf exclure le droit au renouvellement et donc le paiement d'un droit d'entrée dans les baux commerciaux à conclure) et dans la négociation de leur "pas de porte" à

l'expiration du contrat. Quoi qu'il en soit, sur le plan formel, il semblerait que dans l'espèce analysée, la demande de l'ancien franchisé ait été contradictoire dans ses motifs et ainsi peu susceptible d'aboutir. En effet, monsieur Georges réclame d'un côté le paiement d'une indemnité de clientèle au franchiseur pour réparation du préjudice consécutif à "l'accaparement" de sa clientèle par le franchiseur à la suite de l'application de la clause de nonconcurrence. Or, précisément,

l'ancien franchisé n'avait pas respecté l'application de cette clause de non-concurrence puisqu'il a poursuivi son activité sous l'enseigne "Relation nouvelle". C'est donc à bon droit que la Cour a condamné le franchisé à des dommages et intérêts pour non respect de la clause de non concurrence. Autrement dit, il semblerait que le franchisé eût pu triompher si dès après la rupture du contrat il eût liquidé son entreprise.

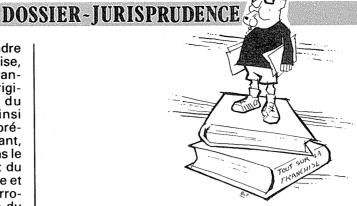
En conclusion, l'arrêt de la Cour de Colmar résout un certain nombre de problèmes dans le cadre général du contrat de franchise, en rappelant la définition du franchisage et en déterminant l'originalité et la spécificité du savoir-faire communiqué ainsi que le moment où doit être appréciée cette originalité. Cependant, le même arrêt laisse en suspens le problème de la mise à jour et du contrôle continu du savoir-faire et ouvre, pour l'avenir, une interrogation sur la qualité juridique du franchisé non titulaire de la clientèle qu'il a développée, du fait de l'introduction de la clause de nonconcurrence applicable à l'issue du contrat. Certains auteurs ont déjà risqué une qualification du franchisé comme intermédiaire d'un type nouveau, agissant pour le franchiseur et rémunéré à la commission à condition de reverser à son donneur d'ordres un pourcentage du chiffre d'affaires

réalisé. (Lamy commercial

nº 2593 et suivants).

D'autres auteurs ont pensé que devait être accordé au franchisé soit un droit de renouvellement de son contrat, soit une indemnité de clientèle, soit même exclure les clauses de non-concurrence dans le contrat de franchise à son expiration. Nous ne partageons pas ces opinions. La technique de la franchise est autonome et aucun contrat existant ne peut lui être assimilé. En outre, il est essentiel pour que le franchiseur puisse maîtriser son réseau que le droit au renouvellement du contrat ne puisse être automatique et de même que soit exclue une indemnité de clientèle malgré la présence d'une clause de non-concurrence. Cependant on peut s'interroger sur le fait de savoir si la technique de la franchise, qui est plus proche d'une conception de "jouissance spatio-temporelle" que de propriété d'un fonds de commerce traditionnel et de ses éléments constitutifs, ne serait pas voisine du contrat de locationgérance.

Comme le gérant libre, le franchisé commerçant indépendant non propriétaire de son fonds doit exploiter et développer la clientèle du franchiseur propriétaire de tous les éléments permettant de la ralier (marque, enseigne, logo, aménagements intérieurs et extérieurs) moyennant un droit d'entrée et une redevance. Comme le gérant libre, le franchisé ne pourrait avoir la propriété commerciale et dès lors, le bailleur ne pourrait



justifier à son égard d'une demande de droit d'entrée dans les locaux d'exploitation. Comme le gérant libre, le franchisé perdrait tout droit à la clientèle sans indemnité à l'issue du contrat et n'aurait pas droit automatique au renouvellement de ce dernier. Comme le loueur de fonds, le franchiseur a testé et commencé d'exploiter sa clientèle durant deux années (règle des troix-deux développée par maître Gast), avant d'en concéder l'exploitation à un tiers. Mais on doit se défendre de toute autre assimilation hâtive dans un domaine règlementé qu'est la location-gérance (loi du 20 mars 1956), car la clientèle bien que potentielle, n'est pas acquise au franchisé, tout au moins au démarrage, et ne revient pas de facto et systématiquement au franchiseur à l'issue du contrat. En définitive, il semble dangereux de vouloir attribuer au franchisé un statut classique existant dans notre droit positif. Le franchisé n'est ni un salarié, ni un commercant traditionnel, ni un agent commercial ou un mandataire quelconque, ni un locatairegérant. Le franchisé est un nouvel agent économique et juridique hybride et original, chez qui on peut retrouver des ressemblances avec d'autres statuts traditionnels. Ainsi, le franchisé étant un nouvel agent économique et original, son statut contractuel ou éventuellement légal se doit d'être lui-même original. Ce qui signifie que pour étudier le statut du franchisé il faut avoir le souci du développement de la technique du franchisage. Encourager exagérément la protection du franchisé conduirait systématiquement à une démotivation des franchiseurs et par voie de conséquence, à une disparition du franchisage. Pour respecter ce souci, il faut tenir compte des quelques règles exposées par la Cour d'appel de Colmar, c'est-à-dire l'application de la clause de non concurrence et le refus de toute indemnité de clientèle par le franchiseur au franchisé, en cas d'application de ladite clause de non-concurrence. A ces règles, il faut ajouter la règle fondamentale du principe de nonrenouvellement automatique du contrat de franchise. Il semblerait donc que si on prend en compte le respect des trois principes cités (clause de non-concurrence, nonindemnité de clientèle, nonrenouvellement automatique), le seul statut acceptable pour le franchisé et pour la franchise en général serait que le franchisé soit, au moins dans les franchises de distribution, un commerçant indépendant non propriétaire de sa clientèle. Contrairement à ce que le public pense, en droit commercial, il n'y a aucun rapport direct entre la propriété du fonds de commerce et donc de la clientèle et le statut de commerçant indépendant. Cette dernière qualification résulte principalement de deux articles du Code du commerce qui sont les articles 632 et 1er, ce dernier disposant par référence à l'article 632 qui énumère les différents actes de commerce, que son commercants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle:

Ceci veut dire que l'on pourrait parfaitement concevoir que certains franchisés commerçants, puissent ne pas être propriétaire de leur fonds de commerce (messieurs Rodière et Houin - précis Dalloz actes de commerce page 194. Enfin, nous tenons à rappeler que nous déconseillons au franchiseur d'inclure une clause d'arbitrage dans le contrat type de franchise. En effet, nous pensons qu'en application de cette clause d'arbitrage, les adversaires en présence dans l'espèce ci-dessus commentée n'auraient pu obtenir une décision si exemplaire (article) O. Gast et P. Lieugard "l'arbitrage et le franchising". F.M. du 15 décembre 1982).

Olivier GAST