



Par Olivier Gast,
Avocat

La franchise qui apparaît aujourd'hui comme une des techniques contractuelles des plus prisées fait l'objet d'un débat doctrinal susceptible de faire perdre de vue l'effet utile du contrat de franchise et plus généralement l'efficacité économique recherchée par les parties. La présente étude, publiée en deux parties, propose un éclairage des thèses en présence.

LA FRANCHISE À LA CROISÉE DES CHEMINS (1^{ÈRE} PARTIE)

A constater l'effervescence doctrinale contemporaine ayant pour toile de fond le droit des contrats – et plus particulièrement les contrats de distribution intégrée –, un lecteur normalement attentif et avisé aurait la forte impression que se rejoue la querelle des Anciens, tenants d'une sorte de *Realpolitik* juridique dits « volontaristes », et des Modernes, défenseurs d'un moralo-légalisme aussi utopique qu'inconsistant dits « solidaristes ».

L'épicentre de ce séisme doctrinal se situe au sein des contrats de distribution intégrée, et au premier titre, des conventions de franchise, qui peuvent être considérées comme la forme emblématique et la plus aboutie de ce type de distribution.

Cette technique contractuelle met en présence deux commerçants professionnels, par nature juridiquement indépendants (1). Le premier est détenteur d'un savoir-faire spécifique, éprouvé et réitérable, appuyé sur une marque commerciale. Le second met en œuvre ledit savoir-faire, sous l'égide du franchiseur qui lui fournit une assistance technique continue. Ce savoir-faire est constamment actualisé par le franchiseur, afin de permettre aux franchiseés de « réaliser un meilleur impact sur le marché considéré [et] d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées » (2).

Ce bref rappel, qui peut sembler superflu, reste nécessaire. Il s'avère même essentiel, du fait de certaines approches jurisprudentielles, relayées et alimentées par le courant doctrinal du « solidarisme contractuel » (3), lesquelles tendent à vouloir faire application au droit commun des contrats de normes directement issues du droit du travail et du droit de la consommation (4). La pierre angulaire de ce raisonnement par analogie, qui occulte la spécificité intrinsèque du système de franchise, repose sur les notions de dépendance et de domination, à l'instar des liens qui peuvent se nouer entre professionnels et consommateurs, ou entre employeurs et salariés. Par nature, lit-on ici ou là, les contrats de franchise configurent des rapports de domination à la faveur du franchiseur, le franchiseé étant désigné comme la partie la plus faible économiquement et méritant à ce titre un statut protecteur spécifique (5).

Ainsi, il serait désormais indispensable de refonder, de réviser ou, à tout le moins, de rénover la théorie générale des contrats, à la lumière des développements nés de la redécouverte de l'alinéa 3 de l'article 1134 et de l'article 1135 du Code civil. Et ce, afin justement de prendre en compte cette situation de dépendance (6). La phraséologie employée fait grand cas du terme de « rééquilibrage » des rapports entre franchiseurs et franchiseés. Cette thématique du nécessaire rééquilibrage laisse à penser que fondamentalement, les relations continues entre franchiseurs et franchiseés sont inégalitaires – ce qu'elles sont effectivement – mais surtout arbitraires et injustifiées, en un mot, injustes.

Sur un plan rhétorique, on peut approuver la mission que se sont confiés les animateurs de ce mouvement : se ranger du côté des « faibles » et œuvrer afin que cessent les situations heurtant l'équité la plus élémentaire (7). Cependant, cette vision généreuse et « humaniste » ne doit pas nous leurrer (8). Cette entreprise doctrinale a pour effet, même si tel n'est pas son objet, de dénaturer singulièrement le contrat de franchise.

Car ce qui est en jeu n'est autre que l'efficacité de ce type de contrat pendant sa période d'exécution, ce que d'aucuns nomment son « utilité » (9). En effet, dans la configuration juridique que les auteurs solidaristes appellent de leurs vœux, une place

prédominante est accordée au juge, qui devient une véritable partie au contrat, plus qu'un simple arbitre des intérêts divergents des cocontractants.

Il n'est donc pas indifférent de s'interroger sur la place que le courant solidariste occupe dans la doctrine contemporaine et sur les risques de diffusion que son influence pourrait faire peser, sur le système de la franchise en particulier. Il convient dès lors d'examiner attentivement les théories exposées par les auteurs du courant solidariste pour en cerner à la fois les limites et les excès, ce qui conduira à admettre leur inapplicabilité au régime juridique de la franchise (I). En outre, il est d'une importance cardinale de réaffirmer l'impérieux besoin pour le franchiseé d'un consentement donné de manière tout à fait éclairé et l'aspiration légitime à donner à ces conventions particulières leur pleine efficacité, soit « l'effet utile » du contrat de franchise (II).

I – Les limites et les excès d'une construction juridique, philosophique et sociologique : le solidarisme contractuel

Le corpus théorique, que constitue le solidarisme contractuel, vise essentiellement à refonder le droit des contrats sur des bases plus accueillantes pour la justice entre les parties (A). Ces thèses, en dépit des nuances apportées par leurs auteurs, restent marquées par certains présupposés et affectées par de profondes insuffisances, de sorte qu'elles doivent être accueillies avec réserve et prudence (B).

A - Le manifeste solidariste

Les thèses solidaristes se nourrissent de références multidisciplinaires : philosophiques (Aristote via Saint Thomas d'Aquin (10)), sociologiques (E. Durkheim et M. Mauss) et juridiques (L. Bourgeois, R. Démogé) (11). Elles ont pour posture de se démarquer très nettement des thèses classiques, dites volontaristes. C'est essentiellement le « dogme » de l'autonomie de la volonté qui est dénoncé avec force, pour les conséquences injustes qu'il imposerait à de nombreux cocontractants placés en situation de « faiblesse », lors des négociations. Cette critique véhémentement et vigoureuse a pour corollaire la remise en cause de la force obligatoire des contrats. Le principe énoncé à l'article 1134, alinéa premier du Code civil, devrait être aménagé à la lumière de la bonne foi et faire place à d'autres principes tels l'équité, la loyauté et la proportionnalité. En effet, dans ces théories, le contrat doit redevenir le siège, ou à tout le moins, l'instrument privilégié d'une justice perdue entre les cocontractants.

1 – Le rejet du dogme de l'autonomie de la volonté : un mauvais procès

Selon les solidaristes, « la volonté individuelle ne peut plus être une pure puissance créatrice, pas plus qu'elle n'est en mesure de modeler seule les effets de droit qu'elle engendre » (12). Il ne s'agit pas « [...] d'en finir avec la liberté contractuelle en déniaut tout rôle à la volonté individuelle : il s'agit simplement de contester son autonomie en la soumettant à certaines exigences sociales censées lui être supérieures » (13). Il faut donc abandonner « [...] l'image d'Épinal du contrat, fruit de la volonté des parties » (14). Voici le renversement total de perspective proposé.

En réalité, ce renversement nous semble bien peu ... renversant. Dans la doctrine contemporaine, le principe de l'autonomie de la volonté érigé en « dogme » ne peut plus guère être soutenu de façon sérieuse, du fait des encadrements législatifs et jurisprudentiels dont les contrats ont fait l'objet dès l'origine.

Les rédacteurs du Code civil ont en effet imposé un cadre bien défini à l'expression de la liberté contractuelle des parties. Cet encadrement est constitué de dispositions structurelles qui intéressent l'ordre public *lato sensu*, et de dispositions comportementales relatives au principe de nullité des conventions qui sanctionnent les vices du consentement. Ces thèmes sont trop connus pour nous livrer ici à une énième ratiocination. Retenons-en simplement, concernant l'ordre public, la définition sélectionnée par Monsieur le Professeur Ghestin « qui exprime sans doute [la] réalité contemporaine de la façon la plus satisfaisante : une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi » (15).

1) C'est là même un élément prépondérant de ce type de contrat : voir par exemple les développements consacrés sur ce point par J.-M. Leloup, *Droit et pratique de la franchise*, Delmas, 1983, 1^{ère} éd., B3.

2) Cour d'appel de Paris du 20 avril 1978, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1980, n°5, note J.-M. Leloup.

3) Le courant doctrinal du solidarisme contractuel trouve ses héros en la personne des professeurs Ch. Jamin et D. Mazeaud ; voir, pour l'illustration la plus typique : Christophe Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, p. 441.

4) Philippe Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? » *La nouvelle crise du contrat, acte du colloque du 14 mai 2001*, Dalloz, 2003, p. 250 et s.

5) Voir par exemple G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance*, Thèse Paris I, 1985, LGDJ, 1986 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} édition, 1993, n° 67 et s., Ch. Jamin, « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *PA*, n°29, 1996, p. 24 ; L. Boy, « Les « utilités » du contrat », *PA*, n°107, 1997 ; T. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, p. 37.

6) Voir notamment en ce sens C. Thieberge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. Civ.*, n°2/1997, pp. 357-385.

7) Ph. Jestaz, « [...] Quel contrat pour demain », précité, p. 246 : l'auteur évoque ainsi « [...] des injustices un peu trop criantes – ou criardes ».

8) D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Terré*, p. 603.

9) Voir en ce sens, notamment, J. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, « La conciliation par le droit objectif de l'utile et du juste », préc. p. 200 et s. ; L. Boy, « Les « utilités » du contrat » préc.

10) Aristote et St Thomas d'Aquin sont régulièrement convoqués pour éclairer la généalogie du principe de « justice commutative », que les thèses solidaristes aspirent à voir appliqué au sein du monde contractuel. Voir pour une synthèse de ces éléments L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre » in « *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* », *Etudes offertes à Ghestin préc.*, p. 183 et s.

11) Voir ainsi Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in « *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* », *Etudes offertes à Ghestin préc.*, p. 441.

12) Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », préc., p. 447.

13) Ibid. p. 448.

14) D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *PA*, n° 54, 6 mai 1998, p. 8.

15) J. Ghestin, *Traité de droit civil ; La formation du contrat*, LGDJ, 1993, 3^{ème} édition, p. 86.

16) Voir, pour une classification des divers aspects de l'ordre public ; A. Bénabant, *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 160.

17) Articles 1111 et s. du Code civil.

18) Article 1116 du Code civil.

19) Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? » in Ch. Jamin, D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001 organisé par le centre René-Démogüe de l'Université de Lille II, D., 2003, p.252.

20) O. Gast, *Les procédures européennes du droit de la concurrence et de la franchise*, Editions Jupiter, 1989.

21) Voir en particulier les clauses de fixation du prix et de prix conseillés, les conditions de résiliation du contrat et les clauses de non-concurrence ou d'approvisionnement exclusif. Voir, pour plus de détails ; O. Gast, O. Renaud, « Le règlement européen d'exemption des accords de franchise », *Ed. Gast, 2002* et O. Gast, O. Renaud, « Internet en toute franchise : quelle est la marge de manœuvre du franchiseur », *Petites affiches*, 23 août 2001.

22) Comme le concède d'ailleurs volontiers Ch. Jamin, dans « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in Ch. Jamin, D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 8.

23) J. Ghestin, *Traité de Droit civil, La formation du contrat*, préc., p. 32.

24) J-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 102.

25) Cass. Civ., 8 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876.I.193, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, D., n° 94.

26) A. Bénabant, *Droit civil, Les obligations*, 8^{ème} éd., 2001, n° 292 et s..

27) Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain », précité, p. 252 : sous l'influence des canonistes, va peu à peu gagner du terrain l'idée morale qu'il faut respecter la parole donnée, « [...] idée qu'ils finiront par imposer comme une évidence à toute la culture juridique européenne et qui, par delà le droit civil, connaîtra une étonnante fortune auprès des fondateurs du droit international ».

28) Voir notamment Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1994, n°8 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, Paris, 2^{ème} édition, 1994, n° 265 et s. ; C. Thieberge-Gelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », préc., n° 12.

29) J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, préc., n° 317.

30) N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *PA*, n° 117, 30 septembre 1998, p. 23 : « En dépit de lectures doctrinales constituant autant de wishfull thinking, la position jurisprudentielle demeure parfaitement inchangée et donc orientée dans le sens du refus » de « la fameuse théorie dite de l'imprévision ».

31) H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, n° 13 : « La convention est obligatoire [...] dans la mesure [...] où une norme d'un degré supérieur autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur ». En l'occurrence, cette norme supérieure est la loi civile.

32) H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », préc., n° 40.

De là, à partir notamment des articles 6, 1128 et 1133 du Code civil, des limitations relatives à des exigences sociétales supérieures, qu'elles soient politiques, morales ou socio-économiques, ont été immédiatement apportées à la souveraineté des parties pour apprécier et former les conventions appelées à les lier (16). De la même manière, un contractant ne saurait extorquer par la violence (17) ou le dol (18) le consentement de l'autre partie. Au vu de ces éléments, il est douteux que le législateur ait entendu seulement procéder à un contrôle marginal et exceptionnel de l'exercice de la liberté octroyée aux cocontractants pour former leurs conventions particulières. Bien au contraire ; « [...] les travaux préparatoires du Code civil attestent qu'aux yeux de Portalis et de ses collègues, le fait que les conventions soient légalement formées pèse d'un grand poids » (19). Par ailleurs, il ne faut pas oublier que les contrats de distribution, et notamment de franchise, sont régis par les droits communautaire (20) et français de la concurrence. Ceux-ci apportent de considérables limites au contenu de ces contrats en encadrant très strictement ou en interdisant certaines clauses (21).

Il convient enfin de remarquer que le « dogme » de l'autonomie de la volonté n'est qu'une dénomination forgée à des fins critiques (22). Celui-ci vise à dénoncer et « combattre une conception jugée excessivement individualiste » (23). Cette conception purement volontariste du contrat « a connu un règne dont la brièveté n'a d'égal que la pauvreté de sa substance philosophique » (24).

2 – La critique de la force obligatoire des contrats

La remise en cause des théories volontaristes précède, chez les solidaristes, l'attaque en coupe réglée du principe de la force obligatoire des contrats. Celui-ci a été et reste encore considéré aujourd'hui comme le fondement légitime et légal du refus par les juridictions de la révision pour imprévision. Dans une vision jusqu'au-boutiste, cette conception étroite de la force obligatoire a mené au tristement célèbre arrêt « Canal de Craponne » (25).

D'aucuns, cependant, voient aujourd'hui dans ce principe une « coquille vide », tant il supporte exceptions et palliatifs (26). Mais surtout, la force obligatoire ne saurait être véritablement fondée sur l'adage « *Pacta sunt servanda* » qui implique le respect de la parole donnée (27). En effet, et comme l'ont redécouvert plusieurs auteurs, la signification véritable de cet adage et sa portée sont loin d'impliquer l'absolue immuabilité du contrat (28). Et si la théorie de l'imprévision doit être accueillie dans notre droit positif, c'est parce qu'elle reste conforme à la réalité ontologique et historique du principe « *Pacta sunt servanda* », repris à l'article 1134, premier alinéa du code civil, ce principe demeurant toujours associé à son tempérament « *Rebus sic stantibus* ». Cette théorie ne devrait cependant être admise, le cas échéant, que de manière exceptionnelle, et partant, faire seulement l'objet d'une interprétation stricte (29). Et, quoiqu'on en pense, la Cour de Cassation a toujours refusé d'admettre cette conception large de l'article 1134, alinéa 1, pour lui préférer une vision stricte (30).

Sur quoi, dès lors, faire reposer la force obligatoire des conventions ? Il nous semble important d'aborder celle-ci dans un optique kelsenienne (31). Le contrat peut être ainsi perçu comme une délégation de l'autorité légale du législateur accordée aux particuliers, la maxime « *Pacta sunt servanda* » se trouvant consacrée dans le même temps. Kelsen a lui-même démythifié la théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire des contrats, en montrant que le principe de l'effet obligatoire était une question de « *politique juridique* » (32).

3 – Plaidoyer pour le rétablissement de la justice contractuelle et l'avènement du solidarisme

Si la doctrine solidariste s'oppose si fermement au culte mythique de l'autonomie de la volonté, c'est que la liberté contractuelle débridée est porteuse d'excès et d'injustices. Le contrat, selon les solidaristes, ne serait plus l'instrument de justice qu'il est appelé à être par nature.

Les parties placées en situation de domination économique auraient une propension naturelle et irrésistible à abuser de leur position de force, sans égard pour leurs cocontractants. D'où l'impérieux besoin de définir et de légitimer de nouveaux devoirs pour les contractants : loyauté, bonne foi, équité, et, pourquoi, pas solidarisme, abnégation et fraternité ?

C'est à l'avènement d'un « monde contractuel meilleur » et au règne de la justice commutative que tendent les travaux solidaristes, à mille lieues des situations d'exploitation à l'œuvre dans de nombreuses conventions, au premier titre desquelles les « *contrats de dépendance* » (33) (34).

Le solidarisme entend ainsi faire advenir une nouvelle conception du contrat fondée sur la rénovation de l'interprétation de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil qui dispose que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* », afin d'en faire « [...] le siège d'un véritable devoir de coopération entre les contractants » (35). Ces derniers, en effet, et pour reprendre les termes de R. Démogüe, « [...] forment une espèce de microcosme, [...] une petite société ou chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun » (36). « *Autrement dit, poursuit l'auteur, le contrat est à l'image de la société dans son entier : il doit être gouverné de la même façon par un principe de solidarité* » (37).

Il est vrai que la jurisprudence peut les conforter dans cette voie, en s'employant à imposer aux contractants un comportement loyal et honnête pour que « *la sphère contractuelle ne soit pas une jungle où jouerait la loi du plus fort juridiquement, mais devienne un lieu « civilisé », c'est-à-dire régi par un minimum de respect mutuel entre les cocontractants* » (38). « *Outre ce civisme contractuel qu'impose le droit positif [...], quelques dispositions légales et décisions jurisprudentielles adoptent une conception plus dynamique et exigeante de la bonne foi. Au nom d'un altruisme contractuel, respectueux des intérêts particuliers mais sensible à l'intérêt collectif des contractants et aux difficultés qui peuvent frapper chacun se développe une « éthique contractuelle » fondée sur la fraternité et la solidarité. Le contrat est alors envisagé comme le creuset de l'intérêt commun des parties et le siège d'une union sacrée entre les contractants face à la crise qui peut frapper l'un des partenaires, ce qui se traduit par un double devoir de coopération et d'abnégation* » (39).

De là, le contrat doit être non seulement « sociable », marqué par une interprétation négative, correctrice de la notion de bonne foi qui exige une attitude des contractants exempte de toute intention malveillante, mais également « solidaire », marquée cette fois par une vision positive et dynamique de la même notion de bonne foi qui recouvre un contenu éminemment plastique (40). Cette dernière impose des devoirs de coopération et d'abnégation plus ou moins intenses, selon la situation dans laquelle se trouvent les partenaires (41).

B - Excès et insuffisances

Les thèses solidaristes constituent un édifice doctrinal marqué par des excès, dont l'invocation d'un devoir de collaboration fraternelle, et par des insuffisances liées au refus de caractériser spécifiquement les conventions de franchisage. Cette position conduit à importer de manière inopportune et dangereuse des concepts élaborés dans d'autres sphères juridiques, à s'échouer sur l'écueil de l'utopie contractuelle, et à promouvoir une théorisation trop abstraite, détachée des critères réels du franchisage, et abusivement généralisatrice.

1 – L'importation de principes venus d'horizons juridiques autres que le droit des contrats

Au premier chef, en vue de rétablir la justice contractuelle, il a été tenté de faire application de la théorie du mandat d'intérêt commun au contrat de distribution, et notamment de franchise, en élaborant la notion de « *contrat d'intérêt commun* » (42). Une majeure partie de la doctrine est en effet encline à classer les conventions de franchisage dans la catégorie des contrats de dépendance (43). D'aucuns y voient même le type achevé de cette catégorie de contrat, dont la définition est une convention « *régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive, qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans une dépendance économique et sous sa domination* » (44). Avec l'adoption de la loi « Doubin » du 31 décembre 1989, les tenants de cette théorie ont cru déceler la consécration législative qu'ils appelaient de leurs vœux (45).

33) L'expression « un monde contractuel meilleur », employée de manière ironique, appartient à F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 1999, n° 40.

34) Voir sur la notion de « justice commutative » L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre », in « *Le contrat au début du XXIème siècle* », *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Ghestin préc.*, p. 182 et s.

35) Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », préc., p. 451.

36) R. Démogüe, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, t. 6, 1932, n° 3.

37) Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », préc., p. 451.

38) A. Bénabant, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1997, p. 300.

39) D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Terré*, p. 609.

40) L'expression est de A. Bénabant, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Montchrestien, 8^{ème} édition, p. 204, n° 285.

41) D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité... », préc., p. 610 et p. 617. Voir également C. Thieberge-Gelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », préc., n° 31.

42) Voir, pour plus de détail J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, précité, p. 290 et s. et F-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Litec, Paris, 2001, p. 78 et s. Voir notamment pour une illustration de théorie Ch. Jamin préc. : « *Le concept d'abus de droit [...] renvoie [plus] à une philosophie de la solidarité, qui implique de chacune des parties qu'elle travaille à la réalisation du but commun que celles-ci se sont assignées en contractant* ».

43) Ce, surtout après la thèse remarquable de G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986 ; T. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD. com.*, janvier-mars 1997, p. 37 et s. ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation des contrats*, précité, n° 67 et s.

44) G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, précité, n° 2 et 226.

45) Désormais article L.330-3 du Code de commerce.

46) La notion de « clientèle commune » est née de l'application par la Cour de Cassation de la théorie du mandat d'intérêt commun aux agents commerciaux, dans le but de protéger ces derniers en décidant que l'intérêt commun résidait dans la création d'une clientèle commune. Voir pour plus de détails F-X Licari, *La protection du distributeur intégré...*, préc., p. 79 et les références citées note 306.

47) Voir par exemple, Ch. Jamin, « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *PA*, n° 29, 6 mars 1996, p. 33 : l'auteur reste dans l'attente que la Cour de Cassation se prononce sur la propriété de la clientèle, tout en espérant que la Haute juridiction l'attribue au franchiseur, pour faire application de cette « vieille lune » que demeure l'extension du « régime applicable à la résiliation du mandat d'intérêt commun à certains contrats de distribution ».

48) Cass. Civ., 13 mai 1885, *DP* 1885, I, p. 350.

49) G. Virassamy, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin », *JCP édition E.*, 1990, II, n° 15809, n° 38.

50) J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, préc., n° 255 et s., spl. n° 262 ; M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999, n° 365. Voir notamment Cass. Com., 2 juillet 1996, Bull. civ. III n° 356 et Cass. Com., 7 octobre 1997, n° 95-14.158, *RTD civ.*, 1998, p. 132, obs. J. Mestre ; *Contrats Concurrency Consumption*, 1998, n° 20, note L. Leveigneur ; *D.* 1998, jur., p. 413, note Ch. Jamin.

51) Cass. Com., 21 octobre 1970, n° 69-14.122, *JCP-G*, 1971, II, n° 16632.

52) Certaines Cours d'Appel s'u étaient déjà employées par le passé : CA Aix-en-Provence, 31 octobre 1963, *JCP-G*, 1964, II, n° 13647, note J. Hémar ; CA Lyon, 29 janvier 1964, *D.* 1965, jur. P. 185, note R. Plaisant ; CA Amiens, 13 décembre 1973, *D.* 1975, jur., p. 462, note Rolland.

53) Cass. civ., 3^{ème} chambre, 27 mars 2002, n° 00-20.732.

54) Comp. avec G. Virassamy, « Les relations entre professionnels en droit français », in J. Ghestin, L. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco-belges)*, 1996, p. 480.

55) J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, précité, p. 99.

56) J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} édition, 2000, n° 114.

57) Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 1999, n° 40-1.

Certains auteurs ont cherché à faire application de la théorie du mandat d'intérêt commun à partir des notions de contrat de dépendance et de « clientèle commune » (46) (47). Cette dernière, qui demeure une création jurisprudentielle, pose pour principe que la qualification de « mandat d'intérêt commun » ne être retenue seulement lorsqu'il y a « intérêt du mandant et du mandataire à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle » (48). Elle tempère ainsi, depuis plus d'un siècle, le régime de droit commun du mandat établi par l'article 2004 du Code civil, aux termes duquel le mandat est révocable *ad nutum*. Transposée aux contrats de distribution, la notion d'intérêt commun vise également à imposer au fournisseur de motiver sa décision de rompre, en établissant le bien-fondé de la rupture de ses relations conventionnelles avec le distributeur (49).

Ceci étant, la Cour de Cassation a toujours repoussé, avec la plus grande fermeté, l'application de cette théorie aux contrats de distribution intégrée, c'est-à-dire concession ou franchise (50). Il n'existe pas, à proprement parler, d'intérêt commun entre franchiseur et franchisé dans les contrats de franchise, même s'il existe une coopération continue entre les parties, sous la forme de l'obligation contractuelle d'assistance permanente et si un intérêt supérieur du réseau peut être décelé. L'argument dirimant de la Cour de cassation résulte de la propriété de la clientèle, qui est non pas celle du fournisseur, concédant ou franchiseur, mais bien celle du distributeur, franchisé ou concessionnaire, lequel jouit de la propriété du fonds de commerce, au titre de commerçant indépendant (51). La jurisprudence a, dès lors, refusé de manière logique l'octroi d'une indemnité de clientèle au distributeur, sauf à sanctionner une rupture abusive. La Cour de Cassation a d'ailleurs récemment porté un coup d'arrêt aux velléités de qualification des contrats de franchise en contrat d'intérêt commun en affirmant dans l'arrêt *Trévisan* que la clientèle locale appartenait au franchisé (52) (53).

Outre la notion d'intérêt commun, d'autres influences encore perceptibles dans les thèses solidaristes méritent d'être indiquées pour mention. Se trouve d'abord invoqué le droit de la consommation par application de la notion de clauses abusives ; le champ d'application *rationae personae* de ce dernier serait ainsi étendu aux professionnels dont les compétences techniques ne leur permettent pas d'appréhender en toute connaissance de cause les obligations contractuelles qu'il s'apprête à souscrire. Cette extension pourrait s'opérer par le biais de la notion de professionnels « profanes » ou « néophytes », cette dernière qualité résultant de la relation de subordination de fait qu'il entretient avec son cocontractant (54). Se trouve également invoqué le droit du travail auquel il peut être fait appel pour la requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail, même en l'absence d'un lien de subordination juridique, et ce, sur la base des dispositions de l'article L. 781-1, 2^o du Code du travail. Cependant, le droit du travail trouvera application seulement pour mettre fin à un contrat qui n'a de franchise que le nom et qui dissimule un véritable contrat de travail.

2 – « L'écueil de l'utopie contractuelle » (55)

L'invocation, plus incantatoire qu'autre chose, de relations d'amitié, de fraternité, voire d'amour entre les contractants, conduit à une méprise regrettable sur la nature réelle des liens qui se nouent entre les parties. Ainsi, chacun des contractants serait tenu de prendre en compte, par-delà son intérêt propre, l'intérêt du contrat dans son ensemble, et partant, celui de l'autre partie. Or un contrat est toujours la cristallisation d'un rapport de force à un moment donné. Il s'agit bien d'une « coopération antagoniste » (56). Celle-ci, très éloignée d'une vision contractuelle angélique, reflète la réalité, de manière peut-être brutale mais exacte, des relations qu'entretiennent les contractants qui ne sont pas des frères, ne le seront jamais, et n'ont pas vocation à le devenir. Il faut ici rappeler avec force que « [...] contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires » (57). Et faire des affaires, n'est-ce pas enrichir toute la société par ricochet ?

Dans ces conditions, en appeler à la fraternité contractuelle, définie comme « [...] un souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain », dans le cadre de relations économiques, dépasse largement la collaboration nécessaire aux cocontractants lors de l'exécution de la convention les liant (58).

Le recours permanent à la notion de bonne foi s'avère en ce sens bien peu opérationnel pour évaluer l'équilibre d'un contrat, non à raison de son imprécision, mais parce « les questions d'équilibre économique ne peuvent se résoudre en termes d'appréciation morale » (59) (60). « A ce compte, [...] on viendrait à faire peser sur la partie forte une particulière obligation de bonne foi, tandis que son partenaire ne serait tenu, quant à lui, qu'à une bonne foi ordinaire : et à la limite, on finirait par rééquilibrer le contrat en autorisant la partie faible à être de mauvaise foi ! » (61). Ces remarques invitent donc à rejeter la conception de fraternité contractuelle, produit d'une exaltation abusive, tirée d'une vision trop extensive de la notion de bonne foi.

3 – Une théorisation trop abstraite et générale

« On ne peut qu'éprouver un malaise devant la proclamation prétorienne de devoirs tels ceux de bonne foi ou de loyauté. L'immensité de leur étendue donne le vertige à quiconque tente d'en déterminer les limites. Que signifie concrètement être de bonne foi et loyal ? » (62). Si, indubitablement, « les règles et principes généraux ne doivent pas être bannis du droit [...] il ne faut pas qu'ils deviennent, par une économie de réflexion, des dogmes ou des espèces de formules magiques dont l'hermétisme dissimule la vacuité » (63).

Car, en effet, que constate-t-on ? La « bonne foi » de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil est de plus en plus fréquemment visée par les tribunaux, dans une optique de rétablissement de la justice contractuelle, pour mettre à la charge du contractant prétendument situé en position de domination des devoirs allant bien au-delà de la lettre de la loi et des conventions : devoir de conseil, d'assistance, d'entraide, de collaboration, de coopération, de solidarité, d'abnégation, et d'autres encore (64). De ce foisonnement, qui marque la volonté de plus en plus nette du juge de moraliser le droit des contrats, il est assez malaisé de déterminer la base ferme de ces nouveaux devoirs et plus avant, « [...] délicat d'apprécier l'intensité de l'exigence de bonne foi » (65). Certains « s'émeuvent », à juste titre, « à l'idée que l'on puisse ainsi confondre le Code civil et l'Évangile » (66).

Mais au-delà de l'émotion, c'est la pertinence même de cette conception qui est contestée. Les analyses solidaristes qui cherchent à déterminer de « nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution » (67) entendent transposer aux réseaux de franchise des solutions jurisprudentielles empruntées aux réseaux de concession. Or ces deux systèmes présentent des caractéristiques propres à les individualiser nettement. Ne pas distinguer ces deux configurations juridiques, qui ne se recoupent que partiellement, amène à opérer une généralisation abusive des thèses concernant la concession.

Pourtant, la franchise, (trop ?) longtemps perçue comme une variante de la concession exclusive, a progressivement acquis sa propre physionomie, caractérisée par le transfert d'un savoir-faire finalisé et opérationnel et la fourniture d'une assistance du franchiseur au franchisé. Ces deux points sont absents des contrats de concession. Or, cette différence ne semble pas avoir encore été parfaitement intégrée par la doctrine, à en juger par les arrêts présentés comme emblématiques d'une réception favorable par les tribunaux des théories solidaristes ; « le fameux arrêt Huard, qui fait office de mythe » depuis 1992 (68) (69), et l'arrêt *Chevassu-Marche* qui a condamné en 1998 plusieurs sociétés industrielles pour ne pas avoir permis à leur agent commercial de s'approvisionner en produits à des prix compétitifs (70). L'un concerne donc la concession, l'autre, un agent commercial dont la Cour a reconnu le statut de mandataire. On nous dit que les exemples d'une telle réception pourraient être multipliés (71). On en vient effectivement à le souhaiter, car de points relatifs au contrat de franchise, on n'en voit guère...

Olivier Gast,
Avocat à la Cour d'Appel de Paris

58) C. Thieberge-Gelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », préc., n° 32.

59) Comme le souligne Ph. Laurent in « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *PA*, n° 48, 8 mars 2000, p. 7, la bonne foi demeure une notion « difficile à cerner. Elle fait partie de ces notions cadres aux contours juridiques imprécis dont le contenu reste flou et mal défini ».

60) Ph. Jestaz, « Quel contrat pour demain », *La nouvelle crise du contrat*, précité, p. 256.

61) Ph. Jestaz, « Quel contrat pour demain », préc., p. 256, évoque à ce propos « une sorte de discrimination positive ».

62) J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants... », préc., p. 128 ; N. Molfessis fait le même constat in « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *PA*, n° 117, 30 septembre 1998, p. 21.

63) J.-P. Chazal, précité, p. 132.

64) Ph. Laurent, « La bonne foi et l'abus de droit de résilier unilatéralement les contrats de concession » préc. p. 6. J.-P. Chazal préc., p. 100 fait le même constat : « [...] la jurisprudence n'a cessé d'enrichir le contenu des contrats. La doctrine s'échine à dénombrer ces « nouveaux » devoirs contractuels d'origine judiciaire. Outre l'obligation de sécurité, il est possible de citer l'obligation d'information, de conseil, d'adaptation, de reclassement, le devoir de loyauté, de bonne foi, de coopération, de renégociation, etc. ».

65) D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *PA*, n° 54, 6 mai 1998, p. 12.

66) Ibid. p. 13.

67) Une telle motivation ressort du titre même de l'article de Ch. Jamin, *PA*, n° 29, 6 mars 1996, p. 24.

68) Cass. Com., 3 novembre 1992, Bull. civ., IV, n° 340 ; *JCP-G*, 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, obs. J. Mestre.

69) N. Molfessis, préc. p. 21.

70) Cass. Com., 24 novembre 1998, Bull. civ., IV, n° 277 ; *JCP-G*, II, 12210, note Y. Picod ; *RTD civ.*, 1999, p. 98, n° 10, obs. J. Mestre.

71) Ch. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat », in *La nouvelle crise du contrat*, préc., p. 23.



Par Olivier Gast,
Avocat

LA FRANCHISE À LA CROISÉE DES CHEMINS (2^{ÈME} PARTIE)*

II – L'inapplicabilité des thèses solidaristes au contrat de franchise : la justice contractuelle au travers de « l'effet utile »

Il convient certainement de ne pas s'égarer dans une conception maximaliste du principe de l'autonomie de la volonté, et de son corollaire, la liberté contractuelle absolue. Est-ce à dire pour autant qu'il faille renoncer à la liberté des parties de fixer, par et pour elles-mêmes, les règles qu'elles entendent suivre dans le respect de la loi, et de se réjouir de l'audience grandissante des thèses solidaristes devant les prétoires et dans la doctrine ? Nous ne le pensons pas, spécialement à l'endroit des contrats franchise, terrain d'élection des auteurs solidaristes.

Il importe par conséquent de rappeler fermement les fondements juridiques et surtout les modalités de fonctionnement des réseaux de franchise, auxquels organisation hiérarchisée et inégalitaire ainsi que primauté économique du franchiseur demeurent des caractéristiques inhérentes. Loin d'être illégitimes et arbitraires, ces caractéristiques sont bien au contraire parfaitement finalisées et fonctionnelles (A), s'appuyant sur la cause même de la franchise pour donner au contrat de franchise toute sa plénitude, garante de l'équilibre des parties (B).

A - Primauté économique et différenciation fonctionnelle : la franchise est un mode d'organisation

Le franchisage n'est pas simplement et exclusivement un mode de distribution de produits et/ou de prestation de services, mais, comme l'a relevé avec justesse la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt *Pronuptia* (72), constitue avant tout un mode d'exploitation financier d'un ensemble de connaissances, dans le cadre d'une organisation spécifique, élaborée et contrôlée par le franchiseur plaçant inévitablement ce dernier dans une position prépondérante au sein des contrats. Cette prééminence trouve sa traduction matérielle dans l'organisation même du réseau, marquée par la nécessaire verticalité des relations franchiseur/franchisés. Cette verticalité ne saurait remettre en cause l'indépendance du franchisé en tant que commerçant mais intègre celui-ci à une structure dans laquelle les fonctions des uns et des autres sont fortement différenciées afin que chacun soit en mesure d'exécuter les obligations qui lui incombent conventionnellement.

1 – La nécessaire primauté économique du franchiseur

L'exigence d'indépendance des franchisés, réalité contrôlée par les tribunaux, ne doit pas cacher que, dans le même temps, ce type de contrat a pour effet d'instaurer la prééminence du franchiseur pendant la durée de l'exécution dudit contrat. Mais la consécration prétorienne de l'indépendance juridique du franchisé, qui conserve sa qualité de commerçant et d'entreprise, conduit à rejeter le terme de « domination » que certains lui reconnaissent, au profit du terme plus neutre, mais bien réel, de « primauté ».

Il ne s'agit pas là d'une simple bataille de mots. A la fois contrat de réitération et produit financier, la convention de franchisage permet au franchiseur d'amplifier dans l'espace un succès commercial par le biais d'une structure dont la gestion est en partie décentralisée. Par-là même, le franchiseur valorise sa marque et se trouve en mesure de fédérer et de fidéliser une clientèle autour du réseau. Le franchisé, commerçant indépendant, bénéficie de l'image de marque du franchiseur, de son savoir-faire (73) et de son assistance technique, lesquels lui procurent un avantage concurrentiel et stratégique, vecteur d'économies d'échelle (74).

* La première partie de cette étude a été publiée dans le Journal des Sociétés numéro 17 page 48.

72) CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia*, aff. 161/84, Rec. 1986, p. 353 ; la CJCE s'est manifestement inspirée de la loi américaine sur l'information pré-contractuelle qui définit le système du franchisage comme un « produit financier » (Full Disclosure Law de 1978). Voir en ce sens O. Gast, « La clause d'exclusivité territoriale est-elle essentielle au contrat de franchise », préc. p. 29.

73) Le savoir-faire peut être défini selon J-M. Leloup in *La franchise, droit et pratique*, Delmas, 2000, n° 349 comme un « Ensemble finalisé de connaissances pratiques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public, non brevetées et conférant à celui qui maîtrise cet ensemble un avantage concurrentiel ».

74) Voir en ce sens Cass. Com., 13 juillet 1966, JCP 1967, 15131 ; cet arrêt précise que le savoir-faire est constitué d'un « ensemble de procédés ingénieux, d'importance mineure et non brevetables [qui] sont de nature à conférer un caractère plus compétitif à l'entreprise qui en est détentrice ».

Pour que le succès se répète, on comprend que le franchiseur doive obliger le franchisé à appliquer le plus fidèlement possible un concept élaboré et fréquemment actualisé par le franchiseur. Mais, avant de transmettre ce concept économique, commercial et marketing, le franchiseur doit lui-même s'assurer que celui-ci est bien en mesure de procurer l'avantage concurrentiel nécessaire à l'efficacité du contrat et au succès des membres du réseau. Ainsi, le concept faisant l'objet de la convention de franchisage, encore dénommé « l'idée commerciale » (75), doit avoir été expérimenté et standardisé au sein d'unités pilotes pour que soit assurée sa réitération (76).

Une fois le concept dûment élaboré et uniformisé, le franchiseur doit encore s'assurer que celui-ci est correctement mis en oeuvre. En effet, « [L]e franchisé ne peut tirer pleinement profit de la franchise que s'il l'applique parfaitement. Son intérêt est donc que la conformité de la réitération [du concept] soit vérifiée par le franchiseur. Le caractère très strict de cette vérification ne porte pas atteinte à l'indépendance du franchisé » (77). C'est à partir de cette prérogative de contrôle de l'exactitude de la réitération du concept transmis qu'il convient de rechercher à notre sens le fondement premier mais surtout la justification de la primauté du franchiseur sur les franchisés membres du réseau. Le franchiseur ne peut en effet se permettre l'approximation et risquer la dilution du concept élaboré par une application hasardeuse du système de méthodes techniques et commerciales opérationnelles ayant contribué au succès des unités pilotes.

2 – La manifestation de la primauté économique : une structure verticale de pouvoir au sein du réseau

La prééminence économique du franchiseur produit une conséquence directe sur l'organisation du réseau. C'est le franchiseur qui, détenteur des éléments constitutifs essentiels aux conventions formées (savoir-faire, marque, assistance permanente), crée une structure au sein de laquelle les franchisés sont regroupés sous son égide. Il incombe en effet au franchiseur non pas seulement de constituer le réseau, mais encore et surtout, d'animer, de piloter et de faire évoluer celui-ci. Ainsi, du fait des caractéristiques juridiques inhérentes à ce type de convention, le franchiseur est amené à jouer au sein du réseau plusieurs rôles complémentaires, *quoi que distincts*. Nous avons eu l'occasion de théoriser ces différentes fonctions du franchiseur qui doivent être réunies pour élaborer un « savoir-faire organisationnel » : marketing-concept, développeur de réseau, animateur de réseau, logisticien et gestionnaire-leader (78).

C'est la combinaison de ces éléments constitutifs du savoir-faire organisationnel qui justifie la prééminence du franchiseur au sein du réseau, dont il prend nécessairement la tête, et par-là, légitime l'organisation verticale qui reste seule à même d'assurer la mise en oeuvre efficiente de ce savoir-faire. En effet, c'est là l'évidence, la seule transmission des connaissances techniques reste insuffisante pour assurer le succès d'une franchise. Bien au contraire, c'est l'élaboration, l'actualisation et le transfert de ce savoir-faire organisationnel, couplé au savoir-faire conceptuel originel, qui fonde véritablement la verticalité des relations entre franchiseur et franchisés.

3 – Des partenaires juridiquement indépendants et fonctionnellement interdépendants : la différenciation fonctionnelle

Un contrat de franchisage a pour effet de donner lieu à la constitution d'un réseau de distributeurs agréés et partiellement intégrés (79). Mais, à la différence du succursalisme par exemple, « le franchiseur traite avec des entreprises qui, comme lui, à un niveau plus modeste que lui certes, mais pour un poids relatif peut-être plus lourd, ont engagé leur capital, risquent de le perdre, mais courent légitimement l'aventure de la libre entreprise » (80). L'indépendance juridique des franchisés s'exprime de plusieurs façons pendant la durée de l'exécution du contrat.

D'abord, le franchisé maîtrise les éléments constitutifs de son entreprise. A ce titre, c'est lui seul qui dispose de la capacité de conclure les contrats nécessaires à l'exploitation de son unité ; bail, assurances, achat de matériel, recrutement de personnel. En outre, concernant la propriété de la clientèle dans les réseaux de franchise, on sait que la

75) Voir en ce sens O. Gast, « De la protection de l'idée commerciale dans un réseau de franchise », *PA*, juin 1993 et « La reconnaissance jurisprudentielle de l'idée commerciale et sa protection », *PA*, octobre 1993.

76) O. Gast, « La règle des Trois-Deux », *Franchise Magazine*, 15 juillet 1982.

77) J-M. Leloup préc. n° 1212.

78) O. Gast « Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du « savoir-faire » au « savoir-réussir » », *PA*, n° 132, 3 novembre 1995, p. 206.

79) Ph. Le Tourneau, in « Franchisage », *Juris-Classeur commercial*, Fascicule 1045, août 1998, n°5, indique ainsi : « L'expression d'intégration [...] est plus imagée que réelle. D'une part, sauf dans quelques types de réseaux, l'intégration n'est pas complète de la production à la distribution. D'autre part, l'intégration au sein de l'unité est rarement absolue : les distributeurs du réseau conservent toujours une certaine autonomie. En revanche, il est convenable de parler de distribution distinctive, marquant par là que chaque réseau est agrégé sous une enseigne unique ». Nous préférons considérer pour notre part le franchisage d'abord comme un mode d'organisation, en suivant la définition donnée aux contrats de franchisage par la CJCE dans son arrêt *Pronuptia* précité, sans en nier l'aspect de distribution.

80) Leloup J-M. préc., n° 1201, p. 219.

Cour de Cassation a récemment mis fin à une vive controverse avec l'arrêt *Trévisan* du 27 mars 2002 (81). En effet, au terme de divers tâtonnements jurisprudentiels, il a été jugé que « [...] si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé [...], que **cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé** puisque, même si celui-ci n'est pas propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité [...] [qu'] il met en œuvre à ses risques et périls ».

Ensuite, le franchisé reste seul responsable de la gestion quotidienne de son unité. Ainsi, dans ses relations avec la clientèle, le franchisé n'engage que lui, et ne saurait engager la responsabilité du franchiseur lorsqu'il manque aux obligations incombant aux professionnels de son secteur d'activité. Dans cette optique, la Cour d'Appel de Bordeaux a rappelé avec pertinence que le franchiseur « n'est nullement tenu par le contrat, ni même par la pratique, de rappeler au franchisé le détail de ses obligations légales d'ordre public qu'il se devait de connaître avant même d'ouvrir son magasin ; l'esprit et l'essence de ce type de contrat est l'autonomie du franchisé et nullement l'obligation de lui fournir un tuteur permanent et polyvalent » (82).

Enfin, franchiseur et franchisé demeurent financièrement indépendants, ce qui implique que le franchiseur ne saurait être tenu des dettes de son franchisé, et réciproquement (83).

C'est justement cette indépendance des contractants parties à une convention de franchisage qui motive notre conception de la « différenciation fonctionnelle ». Du fait de leur position, de leurs fonctions, des risques pris par chacun à son niveau, du fait des investissements réalisés par chacun, du fait également de leurs droits et devoirs contractuels respectifs dans la conception, la mise en œuvre et le contrôle des éléments caractéristiques de la franchise, le franchiseur et le franchisé ne peuvent qu'entretenir des relations de complémentarité nettement distinctes et hiérarchisées. Chacun doit s'assurer qu'il remplit le plus efficacement possible, à son niveau, son rôle et sa fonction au sein du réseau.

B - Donner tout son « effet utile » au contrat de franchise

Le devoir de bonne foi, de loyauté ou de fraternité contractuelle, dont les solidaristes se sont fait les promoteurs, ne nous apparaît pas un principe pertinent pour évaluer l'équilibre et la justice devant présider à la formation et à l'exécution des conventions de franchise. Ce type de contrat ne peut en effet être réellement perçu dans un paradigme éristique, lequel voit la prédominance des rapports de domination et de conflit - perspective dans laquelle se situent les solidaristes - même s'il s'agit pour ces derniers de les dépasser par la solidarité et la fraternité contractuelles. Il convient au contraire de situer ceux-ci dans une vision **fonctionnaliste**, vision cherchant, par delà les différences de position et de pouvoir des parties, à intégrer ces relations contractuelles spécifiques dans une perspective d'efficacité. Il nous semble en effet que l'exigence de justice contractuelle dans les conventions de franchisage n'est jamais mieux remplie que lorsque le contrat déploie, de manière maximale, l'ensemble des potentialités et des effets auquel, de par leurs engagements réciproques, mais dissemblables dans leur nature et dans leur intensité, les parties s'attendent et pour lequel celles-ci se sont engagées. Il s'agit donc de donner à ce type de convention tout son « effet utile ».

Dans cette optique, ce que l'on peut concevoir dans une conception exagérément agonistique comme relevant d'une relation de domination doit être considéré dans le cadre de la franchise comme l'encadrement de l'autonomie du franchisé. Mais cet encadrement nécessaire doit être connu du franchisé, dans tous ses aspects, avant même que de souscrire aux obligations prévues par la convention en cause. C'est pourquoi le franchiseur doit veiller à éclairer, en coopération avec le franchisé, le consentement de celui-ci. De là découle l'obligation spéciale d'information pré-contractuelle mise à la

81) Cass. civ., 3^{ème} chambre, 27 mars 2002, n° 00-20.732.

82) CA Bordeaux, 1^{er} juin 1988, PA, 12 juin 1988, n° 70, p. 15.

83) Cass.com., 3 Juillet 1990, n°87-20.028.

charge du franchiseur. Enfin, un guide sûr permet de délimiter précisément l'étendue et les modalités de l'exécution du contrat de franchise : sa cause. Cette dernière permet en effet de déterminer le véritable équilibre entre les prestations des parties, sur une base combinant éléments objectifs et appréciations subjectives, lesquels peuvent être facilement soumis au contrôle des tribunaux, bien plus que ne le saurait la notion de « bonne foi ».

1 - L'encadrement de l'autonomie des franchisés

Il paraît évident que la nature même du contrat de franchise place le franchisé dans une situation de dépendance technique par rapport au franchiseur, dépendance qui peut se décliner sous l'angle économique, du fait de la nécessaire primauté organisationnelle du franchiseur. De la même manière, les contrôles opérés par le franchiseur sur la réitération du savoir-faire vont a priori à l'encontre des prérogatives reconnues à un commerçant indépendant. Or, la jurisprudence consacre l'indépendance du commerçant franchisé qui invite à introduire le concept de l'encadrement de l'autonomie du franchisé. Couplée à la notion de différenciation fonctionnelle au sein des réseaux de franchise précédemment introduite, il conduit à récuser plus fermement encore les termes de domination, de dépendance ou de subordination.

L'autonomie des franchisés est encadrée, mais pas aliénée à une quelconque hégémonie du franchiseur. En effet, les limitations apportées par le franchiseur dans la gestion quotidienne des unités franchisées ont été justifiées et consacrées par la Cour de Cassation dans l'arrêt *Phildar* (84) ; elles doivent s'avérer indispensables à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau de franchise (85). La stricte appréciation de ce critère de la protection de l'image de marque du réseau nous conforte dans l'hypothèse que l'autonomie du franchisé, bien que contrainte, reste un élément essentiel caractérisant les conventions de franchisage. La jurisprudence sanctionne ainsi toute atteinte à l'autonomie encadrée du franchisé, lorsque ces atteintes ne se voient pas justifiées par la nécessité d'assurer le fonctionnement optimal du réseau. Deux cas de figure se présentent alors.

D'une part, il peut arriver que le contrat de franchisage serve à dissimuler un contrat de travail de la part d'un employeur indélicat, cherchant à éviter de supporter les contraintes imposées par le droit du travail et le poids des charges sociales. Il s'agit ici d'une franche dénaturation du contrat de franchise. Il en résulte un « contentieux de qualification » (86). Il incombe aux tribunaux de procéder à une appréciation globale de la relation contractuelle (87).

Deuxième cas de figure de la limitation trop forte de l'autonomie du franchisé ; l'immixtion du franchiseur dans la direction de la société franchisée. Plus discrète, l'immixtion consiste à intervenir dans la gestion quotidienne, au-delà des obligations incombant au franchiseur dans le cadre du contrôle de la réitération fidèle du concept transmis. Ainsi, dans un arrêt du 23 mai 1978, la Cour d'Appel de Rouen a relevé que « [...] si dans un tel contrat le fournisseur peut se réserver le droit de vérifier chez le distributeur la bonne exécution des obligations mises à la charge de ce dernier, il ne possède toutefois qu'un droit de contrôle et ne peut s'immiscer dans la gestion de la société concessionnaire ni exercer en son sein des pouvoirs de direction ; que s'il outrepassé ce droit de contrôle, en imposant ses directives, il devient dirigeant de fait de ladite société » (88). La Cour de Cassation, quant à elle, tout en reconnaissant les « obligations résultant du contrat à la charge du franchiseur », approuve les juges d'appel dans l'appréciation selon laquelle l'immixtion opérée en l'espèce dépassait ces obligations (89). Ces observations conduisent ainsi à valider notre concept d'encadrement de l'autonomie des franchisés, qui est la conséquence directe de la différenciation fonctionnelle opérée dans les réseaux.

2 - L'exigence de l'information préalable des franchisés

C'est par reconnaissance de la prééminence du franchiseur, et pour atténuer les abus éventuels nés de celle-ci, que le législateur a mis à la charge de celui-ci une obligation spéciale d'information pré-contractuelle. Il ne l'a pas fait pour restaurer un quelconque

84) Cass. Com., 10 janvier 1995 ; O. Gast, « Les clauses d'approvisionnement exclusif sous haute surveillance », PA, 5 mai 1995 et « L'affaire Phildar ou le nouveau régime juridique des clauses d'approvisionnement exclusif », D. aff. 1996, n°6, p.172.

85) Cass. Com., 10 janvier 1995, précité ; la Haute Juridiction fait cependant une application stricte de ce critère d'identité en cherchant à « imposer [...] une recherche systématique de l'intérêt du réseau ». O. Gast, « Les clauses d'approvisionnement exclusif... » préc.

86) J-M. Leloup préc. n° 1236.

87) Cass. com., 17 avril 1991, n° 88-40.121.

88) Note G. Notte, JCP édition G, 1979, II, 19235.

89) Cass., 9 novembre 1993, Reig c/ Plantagenet et BRMC, JCP-E, 1994, 612, note G. Virassamy.

90) Voir, pour une analyse détaillée de celle-ci, O. Gast, « Le guide pratique de la Loi Doubin », *PA*, n° 51, 29 avril 1991, p. 8 et s..

91) J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc. n° 619.

92) Voir pour un bref historique, M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, préc. n° 68.

93) Cass. Com., 10 février 1998, Société ED le Maraîcher et autres, Bull. civ., 1998, IV, n° 252, p. 220.

94) Voir ainsi M. Behar-Touchais, G. Virassamy préc. n° 70 et suivants ; O. Ticquant, « Rétablir l'autorité de la loi ... Doubin », *Dalloz*, 2002, Jurisprudence, somm. Com., n° 33, p. 2597 ; S. Regnault, « La tentation d'autoritarisme de la loi Doubin », *PA*, n° 8, 10 janvier 2003, p. 13.

95) Cass. com., 9 octobre 1990, n° 89-13.384.

96) M. Behar-Touchais, G. Virassamy préc. n° 182 précisant que « Si on laisse de côté ces nullités pour absence de cause, il est permis de penser qu'il n'est pas opportun de sanctionner par la nullité les simples déséquilibres du contrat de distribution intégrée, eux-mêmes non condamnés par le droit de la concurrence. En effet, il faut tenir compte du fait que si le contrat de distribution est un **contrat de dépendance**, il comporte par essence des clauses déséquilibrées. Cela fait partie du mécanisme d'intégration. Puisque les déséquilibres les plus nocifs sont éliminés par le droit de la concurrence, aller plus loin, c'est-à-dire procéder à un véritable contrôle des clauses abusives dans le contrat de distribution, reviendrait à méconnaître l'essence même dudit contrat et sans doute à l'empêcher d'atteindre l'objectif d'intégration poursuivi. C'est en cela que l'on peut dire qu'un contrôle généralisé des clauses abusives dans le contrat de distribution serait lui-même disproportionné. Supprimer tout déséquilibre lors de la formation serait porter atteinte à l'essence d'un contrat de distribution en réseau, dont l'objectif d'intégration suppose le déséquilibre ». Si nous sommes d'accord avec l'idée exprimée, nous déplorons pourtant la persistance des termes de « déséquilibre ».

équilibre entre les deux cocontractants lors de l'exécution du contrat, ce qui n'a pas de sens au vu de la différenciation fonctionnelle qui s'opère nécessairement entre eux, mais pour s'assurer que le franchisé prend, en toute connaissance de cause et librement, la décision qui est la meilleure pour lui : contracter ou non, dans ce réseau ou chez un concurrent. Il faut souligner qu'à notre sens, la loi Doubin (90), puisque c'est d'elle dont il s'agit, aujourd'hui inscrite dans le Code de commerce à l'article L. 330-3, n'a aucune vocation « égalitariste » au regard de la personne des contractants.

Il s'agit simplement, mais là réside l'essentiel, d'éclairer le consentement du candidat et de permettre au contrat visé de déployer toute l'intensité de ses effets. De la sorte, cette obligation pré-contractuelle d'information apparaît comme un mécanisme de prévention préalable de tout vice du consentement plus efficace que ne le permettraient les solutions issues de la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de dol ou de réticence dolosive (91).

Ainsi, après des hésitations palpables quant au caractère automatique ou non de la nullité pour méconnaissance de l'obligation d'information pré-contractuelle (92), la Cour de Cassation s'est prononcée en défaveur de la nullité automatique. Celle-ci exige en effet que soit recherché si le défaut d'information pré-contractuelle a eu pour effet de vicier le consentement du créancier de l'information (93). Elle censure ainsi les arrêts qui décident que l'omission de la transmission de l'information suffit à rendre admissible l'action en nullité, ce, sans rechercher l'existence d'une altération du consentement. Les appréciations de cette position jurisprudentielles restent partagées (94). Pour notre part, il nous semble que cette jurisprudence renvoie parfaitement à la réalité de l'obligation imposée par la loi Doubin, l'examen exigé par la Cour de Cassation visant à s'assurer que le candidat été mis en mesure de prendre son engagement conventionnel en parfaite connaissance de cause.

3 – Plaidoyer pour l'efficacité du contrat : pour une vision adossée à la cause

La jurisprudence annule pour **absence de cause** les contrats de franchise lorsque le franchiseur ne peut faire la preuve qu'il détient un savoir-faire substantiel. La Cour de Cassation a ainsi pu juger que devait être annulée une convention de franchisage sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, pour défaut de cause, en l'absence des éléments essentiels caractérisant cette convention (licence d'enseigne, savoir-faire reconnu, secret et réitérable, assistance permanente) (95).

Il faut en déduire qu'au sein des conventions de franchise, tout déséquilibre n'est pas à rechercher et à éliminer, tant ces « déséquilibres » constituent souvent **l'expression et la conséquence de la cause du contrat lui-même**, et sont nécessaires à l'intégration des franchisés au sein du réseau. Et en fait de déséquilibre, terme que nous récusons pour caractériser la formation et l'exécution du contrat de franchise, nous l'avons vu, nous nous proposons d'y substituer notre concept de « **différenciation fonctionnelle** », celui-ci rendant parfaitement compte des relations complexes, continues et finalisées que les parties entretiennent. Certains auteurs soulignent avec justesse que l'annulation pour absence de **cause** a pour vocation « **de sanctionner l'absence d'utilité du contrat, plus que la simple disproportion ou le déséquilibre** » (96).

Dans les contrats synallagmatiques commutatifs, auxquels appartiennent les conventions de franchise, la cause de chaque obligation réside dans la contre-prestation de l'autre partie (versant objectif de la cause que nous nommerons cause catégorielle), ainsi que dans les avantages et profits attendus de ces prestations réciproques pour l'ensemble des obligations (versant subjectif de la cause que nous appellerons cause finale). Si bien que la cause existe dès lors qu'il existe une contrepartie réelle, quand bien même cette contrepartie ne serait pas égale en valeur, dans la limite où celle-ci n'est pas dérisoire ou seulement symbolique, et ce, afin que la cause finale soit atteinte. Il en ressort que les éléments de la cause catégorielle se révèlent des instruments, des moyens participant de la cause finale.

On décèle bien quelle est la cause catégorielle d'un contrat de franchise : le franchiseur fournit une licence d'enseigne et/ou de marque, transmet un savoir-faire et veille à son application la plus efficace. Le franchisé verse en contrepartie des droits d'entrée, des royalties et accepte d'être conseillé, dans la gestion quotidienne de son unité, par le franchiseur, ainsi que de bénéficier de l'assistance permanente de ce dernier. Pour le franchiseur, la cause finale réside quant à elle dans l'accroissement de la taille du réseau et subséquemment de la notoriété de l'enseigne. Pour le franchisé, elle consiste à profiter du support stratégique et logistique d'un réseau commercial structuré, dans la perspective d'un retour sur investissements supérieur à celui qu'il obtiendrait à titre de commerçant individuel.

Dans ces conditions, lorsqu'il manque l'un de ces éléments fondamentaux, il est naturel de considérer qu'une convention est réellement déséquilibrée, de manière structurelle. Le contrat perd dès lors son effet utile. En effet, en l'absence de ces éléments participant de la cause catégorielle du contrat de franchise, il n'est pas certain que les objectifs qui présidaient à la conclusion du contrat puissent être atteints. Dès lors, les « déséquilibres » qui ne sont que l'expression de la différenciation fonctionnelle et la « domination » du franchiseur qui n'est autre que l'encadrement de l'autonomie du franchisé, ne doivent pas être combattus en eux-mêmes, à moins de ruiner la convention de franchise tout entière. Ils doivent au contraire être appréhendés et reconnus comme utiles à l'exécution la plus efficace du contrat de franchise.

Cette optique n'exclut pas par ailleurs que le juge sanctionne les abus de comportement des franchiseurs, lorsque le contrôle se mue en une immixtion et que les contrats n'ont de franchise que le nom parce que les prestations des franchiseurs sont inexistantes ou viles, et par-là même inaptes à donner une cause à la convention. Cette vision n'exclut pas non plus que le juge puisse sanctionner, au vu du principe de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, certains comportements manifestement déloyaux du franchiseur et considérer comme abusif un non-renouvellement de contrat dans certaines circonstances particulières. Cette appréciation à effectuer au cas par cas ne saurait pour autant participer à un principe général d'évaluation de l'équilibre du contrat.

Ainsi, au critère subjectif de « *bonne foi* » et de « *loyauté* » mis en œuvre par le juge dans le cadre contentieux, nous proposons que celui-ci substitue un critère objectif, fondé sur la cause. En ce sens, serait réellement déséquilibrée et inefficace, privé d'effet utile, toute convention où les éléments objectifs (cause catégorielle) et subjectifs (mobile déterminant, cause finale) ne seraient ni apportés, ni mis en œuvre ni pleinement actualisés. Cette solution présente le mérite de faire porter l'examen du juge sur des éléments vérifiables et relativement stables, qui sont les mêmes pour la catégorie du contrat de franchise. C'est dire que l'examen du juge guidé par la cause du contrat de franchise permet de concilier l'impérieux besoin de sécurité juridique, en évitant l'arbitraire des solutions prétorienne fondées sur l'exigence de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, tout en permettant de corriger les véritables dysfonctionnements qui affectent les contrats de franchise. La prévalence de cette conception dans l'évaluation de l'économie générale des contrats de franchise permettrait en outre de satisfaire le souci de justice contractuelle, dite encore justice commutative et souhaitée par les solidaristes. Car, en donnant à chacun son dû, répartition que permet la cause des contrats de franchise, on retrouve l'expression du « *to dikaiôn* » aristotélicien, garant de l'équilibre contractuel (97).

Olivier Gast,
Avocat à la Cour d'Appel de Paris