



DROIT DE LA DISTRIBUTION

COMPTES D'EXPLOITATION PRÉVISIONNELS ET FRANCHISE : VERS UN DÉBAT D'EXPERTS ?

Aucun texte, pas même la loi du 31 décembre 1989 et son décret d'application, qui imposent la communication d'un certain nombre d'informations précontractuelles au candidat franchisé, ne met à la charge du franchiseur l'élaboration d'un compte d'exploitation prévisionnel destiné à son futur partenaire. L'adhésion d'un commerçant à un réseau de franchise est pourtant presque systématiquement subordonnée à l'existence d'un tel compte et aux perspectives qu'il lui offre, que le franchiseur se doit donc d'avoir, sinon élaboré, du moins validé.

A défaut de toute obligation légale en ce domaine, l'élaboration ou la validation de comptes d'exploitation prévisionnels par le franchiseur s'est donc imposée comme une pratique constante de la vie des réseaux, pratique qui est de plus en plus souvent source de conflits et, en conséquence, soumise à l'appréciation des tribunaux.

Dès lors, et compte tenu de la sévérité croissante des tribunaux, elle fait partie des risques à calculer pour le franchiseur (1).

On constate que, dans un premier temps, il appartenait au franchisé de prouver que le franchiseur était intervenu, que ce soit activement ou passivement, dans les comptes prévisionnels litigieux, soit qu'il les ait faits, soit qu'il en ait eu connaissance.

Il en résulte que le franchiseur, quand il n'était pas acculé à intervenir par le candidat franchisé, avait tout intérêt à rester absent de la phase d'élaboration ou de validation des comptes.

La situation est aujourd'hui toute autre, et les tribunaux semblent considérer désormais que la sincérité des informations fournies par le franchiseur dépasse la simple bonne foi dans la délivrance de l'information, puisqu'elle impose au débiteur de l'information de se renseigner lui-même pour la délivrer.

« La sincérité se réfère, en effet, à la « connaissance » que l'on doit « normalement » avoir de la réalité » (2).

Or, la faculté de se prononcer sur un compte d'exploitation prévisionnel fait partie des connaissances « normales » du franchiseur, voire est considérée désormais par les tribunaux comme un élément de son savoir-faire, le savoir-faire étant à son tour un élément substantiel et déterminant de l'existence d'un contrat de franchise.

La validation ou l'élaboration de comptes prévisionnels d'exploitation est donc devenue une composante essentielle de la vie des réseaux, dont l'absence ne peut plus être invoquée par leurs directeurs pour s'exonérer de toute responsabilité.

Celle-ci toutefois n'est pas automatique, face à une discordance entre les chiffres prévus et les chiffres réalisés.

Constante sur ce point au moins, la jurisprudence la considère comme liée à une simple obligation de moyens, qui doit par ailleurs être distinguée des obligations nées de la loi Doubin.

Dès lors, si le franchiseur parvient à démontrer le sérieux de son étude, il pourra voir rejeter sa responsabilité ou, à tout le moins, la voir partagée avec le franchisé.

I. Etendue de l'obligation du franchiseur

L' obligation, pour le franchiseur, de fournir ou approuver des comptes d'exploitation prévisionnels, procède de l'obligation générale de loyauté (3) dans les relations précontractuelles et contractuelles, tant il est vrai que « l'obligation d'information trouve sa justification dans l'inégalité d'information » (4).

Sa place en droit positif est toutefois difficile à localiser : certaines décisions semblent la confondre avec l'obligation précontractuelle légale instaurée par la loi dite « Doubin » qui, de par sa composante marketing, est propre à déstabiliser les esprits par trop juridiques.

D'autres, plus récentes, ont clairement pris leurs distances avec ce texte législatif, et s'appuient sur la nature du contrat de franchise pour fonder l'obligation.

A. Distinction avec l'obligation légale de renseignement

1. Une distinction nécessaire

La loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 précise que le franchiseur, dans la mesure où il exige de son partenaire « un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité » doit lui remettre un document d'information précontractuelle « sincère, qui

(1) Comment négocier une franchise ?, Olivier Gast et Martin Mendelsohn, Éditions de l'Usine Nouvelle, 1983.

(2) Philippe Neau-Leduc, La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin, J.C.P. éd. E, n° 2, 1998.

(3) Sur la nature de cette obligation, en droit comparé, cf. La loi américaine sur le franchising, par Olivier Gast, R.T.D. Com., 1982.

(4) J. Ghestin, Droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J. 3^e édition, 1993, n° 635, p. 615.

lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

Elle dispose que « ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment (...) l'état et les perspectives de développement du marché concerné » (article 1^{er} de la loi susvisée).

Le décret visé, en date du 4 avril 1991, ajoute que les informations fournies « doivent être complétées par une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché ».

Il n'est donc fait aucune référence aux comptes d'exploitation prévisionnels, hormis la précision que « le document doit, en outre, préciser la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat devra engager avant de commencer l'exploitation » (5).

Une communication défectueuse ou erronée de comptes prévisionnels, à la différence d'une communication comparable des informations ci-dessus énumérées, ne pourra entraîner à elle seule la nullité du contrat de franchise pour violation des dispositions de la loi Doubin.

En ce sens, les données relatives aux estimations de chiffres rejoignent celles relatives à l'emplacement commercial : le franchiseur est tenu de s'en préoccuper, mais sa défaillance, surtout en face d'un franchiseur expérimenté ou habitué à la localité dans laquelle il est implanté, n'entraînera pas la nullité du contrat de franchise.

C'est d'ailleurs ce qui ressort assez nettement de l'arrêt Gérard Pasquier (6).

Concernant l'emplacement commercial désastreux, la Cour considère que le franchiseur est « mal venu à critiquer un choix qui est le sien ».

Concernant le compte prévisionnel d'exploitation, irréaliste et très sommaire, la Cour relève là encore que son élaboration est l'œuvre des franchiseurs, sans justification de participation de la part de la société Gérard Pasquier.

Toutefois, elle considère que cette dernière a commis une faute en ne se préoccupant pas de l'importance des investissements de la société Cadohel, leur financement par un important emprunt et par conséquent le niveau très élevé du seuil d'équilibre de l'exploitation du franchiseur qu'elle connaissait, dans la mesure où elle est « tenue légalement et contractuellement d'un devoir d'information et d'assistance ».

On remarque néanmoins que la faute retenue se rapporte à une mauvaise appréciation des investissements (soit une obligation énumérée par le décret d'application de la loi Doubin) et que la Cour n'incrimine pas directement l'absence d'étude prévisionnelle.

2. Une confusion inévitable

Certes, l'on observe fréquemment une confusion entre les informations dont est légalement tenu le franchiseur, dont celles relatives à l'état du marché (surtout local) et celles relatives aux comptes d'exploitation prévisionnels, tant il est vrai, peut-être, que la loi Doubin, premier texte marketing de la législation française, désarçonne nos juges.

L'obligation de fournir un compte prévisionnel fiable ou de recommander un emplacement commercial adéquat

n'est en effet pas légale, mais la loi Doubin, en exigeant du franchiseur la fourniture d'informations marketing et financières, place pour la première fois les juges dans l'obligation d'exercer sur ces informations un contrôle qui n'entre ni dans leurs attributions, ni dans leurs compétences, et auquel ils ne sont pas habitués.

C'est ainsi que, toujours dans l'affaire Pasquier, la Cour ne conclut pas à l'existence d'un dol, mais bien à celle d'une violation de « l'obligation contractuelle d'assistance à la décision, élément essentiel du savoir-faire que le franchiseur doit apporter à ses franchiseurs ».

Cette obligation implique, selon la Cour, « que la société Gérard Pasquier se préoccupe de la pertinence financière et économique du projet, même et surtout s'il était essentiellement l'œuvre des époux Vuillerot dont elle connaissait l'inexpérience ».

Cela étant, il est indéniable que le choix d'un emplacement commercial approprié, de même que des comptes prévisionnels réalistes, découleront nécessairement d'une étude ou d'un état du marché de qualité qui, elle, fait partie des données à fournir obligatoirement par le franchiseur en vertu d'un texte législatif.

C'est ce que constate la Cour d'appel de Riom dans l'affaire Camaieu (7), dans laquelle des études prévisionnelles s'étaient avérées être supérieures de 40 % au chiffre d'affaires réel réalisé par les produits Camaieu sur le secteur contractuel.

« Attendu que l'importance même de la différence entre prévision et réalisation, sur une période réduite quoique significative, comme s'étendant sur la durée d'un exercice environ, traduit l'erreur

(5) En réalité, ces données ne représentent guère qu'une partie du passif qui figurera dans les comptes prévisionnels.

(6) Paris, 21 juin 1996, Gérard Pasquier c/ Cadohel.

(7) Riom, 29 octobre 1997, Camaieu International c/ Diffusion Mode.

commise par l'auteur des prévisions ; que d'ailleurs, en dehors des documents énonçant les comptes prévisionnels, on ne trouve pas de documents circonstanciés et analytiques sur quoi les premiers se seraient fondés tels que, comme prévu à la convention, étude de marché local, avis sur le choix du lieu. »

La présomption d'une faute dans l'établissement de comptes prévisionnels est donc encore accentuée par le fait que les pièces ne révèlent ni étude de marché, ni aide au choix de l'implantation susceptible de les étayer.

En définitive, état du marché, choix de l'implantation et comptes prévisionnels sont donc trop indissociables pour connaître un sort véritablement distinct en jurisprudence.

Leur distinction n'a finalement eu de répercussion que sur le plan probatoire, et encore seulement dans un premier temps, tandis qu'elle se manifeste surtout, et encore aujourd'hui, dans la nature de la sanction qui accompagne le défaut de renseignement les concernant.

Enfin, les informations concernant les comptes d'exploitation prévisionnels ont ceci de commun avec celles concernant l'état, et surtout les perspectives du marché local, qu'elles sont aléatoires.

En effet, elles dépendent dans une large mesure d'événements indépendants de la volonté du franchiseur, voire directement liés à la bonne volonté et aux compétences du franchisé, ce qui rend périlleux et injuste tout engagement unilatéral du franchiseur se rapportant à elles.

Dans cette perspective, il est tentant de recommander au franchiseur la plus grande neutralité possible, qu'il

s'agisse des données concernant l'état et les perspectives du marché, que lui impose la loi Doubin, ou de l'élaboration ou validation de comptes d'exploitation prévisionnels, que lui imposent la vie des affaires et l'expansion de son réseau.

Concernant les données relatives au marché local, rien n'interdit au franchiseur de faire appel à un professionnel en marketing et de demander au franchisé de participer à l'étude faite par ce dernier.

Le premier aura fourni une matrice, une méthodologie marketing de l'état du marché local. Cela permet, le cas échéant, au franchiseur de prouver que l'état du marché local a été fait dans les règles de l'art, et laisse présumer son sérieux, dans la mesure où elle a été élaborée à partir de la méthodologie développée par un professionnel (8).

Quant au franchisé, il pourra lui être demandé de répondre à un questionnaire annexé à la matrice.

Le franchiseur, à partir des réponses qu'aura fournies le candidat franchisé, aux questions posées par un professionnel, pourra procéder à une analyse du marché dont il sera difficile de contester le sérieux.

Une procédure analogue pourrait être mise en œuvre concernant les comptes d'exploitation prévisionnels.

Il est recommandé au franchiseur d'établir un compte d'exploitation type fondé sur le calcul, poste par poste, de la moyenne arithmétique de l'ensemble des points de vente en franchise ou en succursale du réseau (9).

Ce compte, nullement personnalisé, accompagnera utilement les données relatives aux « dépenses et investissements spécifiques à l'ensei-

gne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat devra engager avant de commencer l'exploitation ».

Le compte d'exploitation prévisionnel sera ensuite élaboré par le franchisé à partir des données ci-dessus, ainsi que de l'état du marché local, puis soumis à l'approbation de son expert-comptable.

Enfin, le franchiseur pourra intervenir en toute dernière instance, afin de valider la faisabilité financière du projet.

L'objectivité indiscutable du compte d'exploitation type, ainsi que l'intervention dans la procédure de communication des chiffres, du franchisé lui-même et de son expert-comptable, soit un professionnel dans le domaine en cause, permettront là encore au franchiseur d'arguer du caractère sérieux de son assistance.

Cela étant, il sera difficile au franchiseur, seul débiteur légal de l'obligation de communication des données relatives au marché, de s'exonérer totalement de sa responsabilité en impliquant des tiers, ou le franchisé lui-même, dans ladite procédure de communication.

Il en ira de même concernant l'obligation de conseil du franchiseur sur la rentabilité de l'exploitation, dont il ne parviendra certainement pas à s'exonérer entièrement, mais cela lui permettra indiscutablement de limiter sa responsabilité en ce domaine.

Le caractère exhaustif du document Doubin n'est donc qu'apparent, puisqu'il laisse subsister une responsabilité distincte pour comptes d'exploitation prévisionnels absents ou erronés.

Les magistrats ne s'appuient d'ailleurs pas seulement sur ce texte, mais également sur la nature même du contrat de

(8) Cf. *Le binôme précontractuel*, théorie développée par Olivier Gast : Conférence à la Fédération française de la franchise, mai 1998 ; *L'Officiel de la Franchise*, juillet-août 1998.

(9) Olivier Gast, *Le guide pratique de la loi Doubin*, 1998, p. 49, cité par Pascale Adam, *Revue française de comptabilité*, n° 309, mars 1999, p. 28.

franchise pour mettre cette obligation à la charge du franchiseur.

B. L'entrée progressive de la fourniture de comptes d'exploitation prévisionnels dans le savoir-faire du franchiseur

L'obligation de fournir aux franchisés des comptes prévisionnels sérieux semble être de plus en plus systématiquement admise par la jurisprudence comme étant une partie intégrante du savoir-faire du franchiseur et, à ce titre, engager la responsabilité de ce dernier, même s'il n'est pas leur auteur.

Tel est le cas, bien entendu, lorsque le franchiseur a lui-même prétendu (ce qui est rare !) que la fourniture de comptes prévisionnels était révélatrice de son savoir-faire, auquel cas la responsabilité liée à l'absence de comptes prévisionnels ou à leur caractère erroné est d'ailleurs plus contractuelle que liée à une obligation précontractuelle.

C'est ainsi que dans l'affaire Camaïeu (10), les juges se réfèrent expressément aux engagements contractuels pris par les parties pour en conclure que le franchiseur avait entendu intégrer dans son savoir-faire l'élaboration de comptes d'exploitation prévisionnels :

« Attendu que l'étude d'implantation du point de vente envisagé était, selon la convention elle-même, le fait du franchiseur et comprenait, selon l'article 2 des points précis et personnalisés portant sur le marché local, le choix du lieu, une étude d'investissements, un plan de financement, un compte d'exploitation prévisionnel personnalisé et une évaluation du stock type nécessaire à l'exploitation ; »

Mais l'on est passé d'une obligation purement contractuelle, aux deux affaires De Neuville, dans lesquelles la Cour fonde sur la seule qualité de « franchiseur » l'obligation de fournir « une étude prévisionnelle sérieuse », et d'aider au choix d'un emplacement commercial optimisé (11).

« Considérant que la Cour ne doit pas appréhender de manière distincte les deux reproches que fait la franchisee à la société franchiseuse, quant au choix du lieu d'implantation et quant au contenu de l'étude prévisionnelle qu'elle a réalisée.

Qu'en effet, ce choix qui incombait contractuellement au franchiseur en concertation avec le franchisé, procède de l'expérience professionnelle recueillie par le franchiseur au fur et à mesure de l'évolution de son réseau, expérience professionnelle qui s'intègre dans son savoir-faire ; que ce savoir-faire est l'un des trois éléments justifiant l'existence même de tout contrat de franchise ; que ce savoir-faire autorise le franchisé à se fier :

— au choix d'un emplacement commercial optimisé, établi en fonction des critères de sélection qui ont été dégagés par le franchiseur au fil des années, selon la forme et le type des produits concernés,

— aux prévisions de chiffre d'affaires élaborées sur les mêmes critères. »

On retrouve cette conception dans l'affaire Gérard Pasquier (12), d'où il ressort qu'il appartient au franchiseur, en cette qualité, de se préoccuper des investissements du franchisé.

Dans un sens, cette évolution jurisprudentielle paraît normale, et on la pressentait déjà au moment de l'affaire

But, où il apparaissait clairement qu'un franchiseur doit combiner l'obligation légale de fournir au candidat franchisé un état du marché local avec l'élaboration d'un compte d'exploitation prévisionnel.

Cela dit, l'obligation reste de moyens, puisque l'étude sérieuse est requise, et non une étude exacte (heureusement !), mais elle ne nécessite plus une clause contractuelle expresse. Elle découle de la nature du contrat de distribution spécifique que constitue l'accord de franchise, et de l'étude de marché local imposée par la loi Doubin.

Dès lors, la jurisprudence semble ne pouvoir évoluer vers plus de rigueur pour les franchiseurs, à moins de glisser vers l'exigence d'une obligation de résultat, ce qui n'est certes pas à exclure (mais pas souhaitable pour l'avenir de la franchise en France) : compte tenu de la technicité des études financières et marketing, la frontière est tenue entre obligation de moyens et de résultat, tant l'appréciation de l'erreur nécessite souvent le recours à une expertise.

Le savoir-faire, notion à laquelle il est difficile de donner un contenu juridique, semble en tout cas être orienté de plus en plus vers un savoir-faire d'organisation, de technologie, de gestion, incluant recherche d'un local adéquat pour l'activité ou le produit proposé, et fourniture de comptes d'exploitation prévisionnels (13).

La définition usuelle du savoir-faire en tant qu'élément du contrat de franchise, qui ne se réfère qu'au concept, est donc incomplète et dépassée.

Il semble que les tribunaux aient considéré qu'une idée

(10) Riom, 29 octobre 1997, Camaïeu International c/ Diffusion Mode.

(11) Paris, 5^e C., 16 janvier 1998, S.A. De Neuville c/ M^{re} Frontil-Couture, *in* *Qualités de liquidateur judiciaire de la société Choc Prestige*, et contre S.A.R.L. Patou.

(12) *Supra*, arrêt Gérard Pasquier.

(13) Olivier Gast, *Le savoir-faire : un objet juridiquement non identifié ?*, *in* *Petites Affiches*.

seule, aussi innovante soit-elle, finit toujours par être reproduite, imitée, banalisée. Aussi, faut-il plus qu'une idée, un produit original pour créer, développer et gérer durablement un réseau de franchise (14).

L'on s'accordera par ailleurs à considérer avec eux que, limité au concept, le savoir-faire ne suffit pas à justifier la durée des relations entre franchiseur et franchisés.

Le franchiseur doit fournir, en plus d'une idée commerciale, les moyens de mettre en œuvre son concept de façon optimale. Doué d'une véritable structure au service de ses franchisés, le franchiseur doit mettre au service de ces derniers un savoir-faire que nous qualifierons d'organisation.

En d'autres termes, le franchiseur ne peut plus aujourd'hui se défilier ; et nier avoir eu connaissance de chiffres prévisionnels ne l'exonère pas de toute responsabilité.

Qu'il les ait lui-même fait ou fait faire, ou encore qu'il se soit contenté de les approuver, il est de toutes façons garant de leur faisabilité, au nom de la définition même du contrat de franchise.

II. Les sanctions de l'obligation du franchiseur

L'absence d'état du marché, élément prévu par le décret d'application de la loi Doubin, entraîne le plus souvent la nullité, ce qui n'est pas le cas de l'absence de comptes prévisionnels, dont le caractère fantaisiste peut en revanche entraîner des dommages et intérêts extrêmement lourds.

La sanction dépend directement de la nature que l'on prête à l'obligation de renseignement :

— soit celle-ci est reliée à l'obligation légale d'information précontractuelle, auquel cas sa violation peut entraîner la nullité du contrat ;

— soit, en tant qu'obligation de faire (en l'occurrence, d'informer), sa violation justifie l'application de l'article 1142 du Code civil et donc l'octroi de dommages et intérêts (15).

Mais la jurisprudence retient le plus souvent le fondement délictuel de l'action, soit l'article 1382, qui implique la recherche d'un lien de causalité entre le manquement du franchiseur à son obligation de conseil et le préjudice subi par le franchisé.

Dans le cadre de cette disposition, la jurisprudence a instauré un système de présomption de faute qu'il convient d'examiner, afin de déterminer le seuil de tolérance que l'on peut escompter de la part des magistrats face aux erreurs commises dans leurs prévisions par les franchiseurs.

Par ailleurs, elle admet qu'une faute commise par le franchisé, ou un événement étranger à la volonté du franchiseur peuvent venir atténuer la responsabilité du franchiseur.

A. Le préalable de la sanction

La recherche du caractère déterminant ou non de la faute commise par le franchiseur pour le consentement du franchisé reste au cœur des débats, même dans le cadre de l'article 1382.

Si le fondement de l'obligation de renseignement reste fluctuant — légal, contractuel, délictuel — il est en tous les cas constant qu'il s'agit d'une obligation de moyens : seuls des chiffres non sérieux engageront la responsabilité du franchiseur.

Mais reste à déterminer ce qui sera qualifié de « sérieux ».

Là encore, on constate une sévérité croissante des tribunaux pour admettre ce caractère.

Parallèlement à l'évolution jurisprudentielle qui veut que l'obligation d'intervention pour le franchiseur dans les comptes d'exploitation prévisionnels et dans le choix de l'emplacement soit de plus en plus systématiquement exigée, on constate une augmentation sensible des critères de sérieux requis pour voir rejetée la responsabilité du franchiseur.

Ainsi, une moyenne arithmétique, pas plus que l'intervention d'un tiers, ne sont considérées comme garantes du sérieux des recommandations : à compter d'une certaine marge d'erreur, l'on semble être en présence d'une présomption irréfragable de faute, où rien ne peut exonérer le franchiseur défaillant, pas même l'intervention d'un tiers (16).

A contrario, un différentiel peu sensible entre les chiffres prévus et les chiffres atteints met hors de cause le franchiseur.

1. Des chiffres non sérieux

Dans une affaire où le franchiseur, ayant fait preuve d'une attitude « excessivement encourageante », n'était pas loin d'avoir commis un dol, la Cour de cassation retient « (...) l'importance démesurée des différences entre les prévisions des études préalables et les résultats de l'exploitation », qui est à juste titre citée par la Cour d'appel avant « l'inexactitude de l'imputation des mauvais résultats à des fautes de gestion commises par le franchisé, dès lors qu'il avait, pour l'essentiel, res-

(14) Olivier Gast, *Du savoir-faire au savoir réussir*, Petites Affiches n° 132 du 11 novembre 1995.

(15) Commentaires sous Cass. com., 12 décembre 1990.

(16) Cass. com., 30 janvier 1996, *But international c/ Nova Meubles*.

pecté les recommandations du franchiseur » (17).

Elle relève la présence d'une « étude de mauvaise qualité (...) déterminante de l'adhésion de son partenaire (...) ».

Mais hormis ces cas extrêmes, il est plutôt difficile de déterminer les critères retenus par la Cour, qui exerce sur eux son contrôle, pour conclure au sérieux d'une étude.

C'est ainsi qu'en 1992, la Cour de cassation décrit en termes vagues une étude faite « avec diligence sur la base de chiffres non contestés ».

Elle en conclut « que l'annonce « particulièrement optimiste » du futur chiffre d'affaires avait été formulée après un examen sérieux, et que le non-respect du plan de financement par le franchisé était la cause de la dégradation rapide et irrémédiable de sa situation (...) » (18).

On constate donc que l'attitude du franchisé est examinée dans un second temps, seulement une fois que le sérieux de l'étude est avéré, sans que les critères d'examen de ce dernier point soient clairement dégagés.

L'erreur « fatale », bien entendu, ne fait aucun doute en présence d'un différentiel de 50 % entre le chiffre prévu et le chiffre réalisé et d'indications entachées d'erreurs grossières, qui soulignent la légèreté et l'incompétence du franchiseur » (19).

Le plus intéressant, dans cet arrêt, est que la Cour relève que « le « prévisionnel d'activité » concernant les divers magasins a été fourni avec un retard important (le 4 mars 1991 soit quatre mois après l'ouverture du premier magasin) (...) ».

Or, s'il est vrai qu'à ce stade des relations, la remise de comptes prévisionnels ne présente plus guère d'inté-

rêt, il n'en demeure pas moins que rien en principe n'oblige le franchiseur à cette remise, et qu'en l'absence d'obligation en la matière, l'on ne saurait parler de « retard ».

Jusqu'à l'affaire But (20), les seules indications sont « l'importance démesurée » retenue par les juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation ou encore 50 % de différence constatée entre les chiffres annoncés et ceux réalisés.

La Cour de cassation dans l'affaire But va beaucoup plus loin puisque, non seulement elle se contente d'une différence de 30 %, abaissant le seuil de présomption de faute ; mais en outre, elle dénie au franchiseur la possibilité de se dégager de cette présomption en démontrant qu'il avait eu recours à un tiers indépendant et compétent pour procéder à l'étude de marché.

En d'autres termes, le franchiseur est le débiteur de l'obligation et il ne saurait s'en dégager en confiant son exécution à un tiers.

Le manque de sérieux s'induit donc de l'importance de l'erreur commise qui, au-delà d'un certain seuil, ne laisse place à aucune justification.

Pour les autres cas, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 16 janvier 1998 permet de mesurer le sérieux, non pas par rapport au résultat de l'étude, mais plus logiquement par rapport à la façon dont elle a été effectuée (21).

Dans cette affaire, l'écart entre les chiffres d'affaires prévus et les chiffres d'affaires réalisés fait conclure la Cour à « la grossièreté de l'erreur commise par le franchiseur, dans les prévisions de chiffre d'affaires, en fonc-

tion desquelles Choco Prestige s'est engagée ».

La Cour considère « que si l'obligation prévue par la loi du 31 décembre 1989 et son décret d'application du 4 avril 1991, n'est pas une obligation de résultat, elle n'en exige pas moins du franchiseur que pour l'établissement du budget prévisionnel du franchisé, qu'il va voir installer dans un endroit précis d'une ville, il mette en œuvre les moyens statistiques, informatiques, économiques qu'il possède déjà en sa qualité de professionnel de la franchise dans le commerce envisagé, ainsi que les moyens d'investigation suffisants pour la connaissance du marché local, aux fins de proposer une étude prévisionnelle sérieuse ».

Dans cette dernière affaire, la grossièreté de l'erreur commise a fait rejeter le jeu de la clause exonératoire pourtant prévue par le contrat de franchise.

Une telle clause connaît donc le même sort que l'attitude fautive du franchisé : elle ne peut venir exonérer le franchiseur de tout ou partie de sa responsabilité que si l'erreur n'est pas trop grossière.

Enfin, un arrêt rendu le 18 décembre 1998 semble consacrer l'abandon de la référence à l'écart entre les chiffres prévus et les chiffres réalisés pour conclure à une étude manquant de sérieux.

La Cour d'appel précise, en dépit d'un écart constaté de 50 % par rapport aux chiffres prévisionnels, que ces derniers étaient nettement en dessous de la « moyenne nationale de 600 KF calculée par la Cour de ce siège dans le cadre d'une autre instance pour l'année 1994 ».

Elle ne pourrait dès lors, sans se déjuger, estimer que le franchiseur a manqué de

(17) Cass. com., 4 décembre 1990, Société Catena c/ société A.M.C.

(18) Cass. com., 19 mai 1992, Moyrand et associés c/ société Disco.

(19) Toulouse, 6 décembre 1995, Epou. Hauteville c/ S.A. Vieux Chêne Expansion.

(20) Supra Cass. com., 30 janvier 1996, But International c/ Nova Meubles.

(21) Paris, 5^e C., 16 janvier 1998, S.A. De Neuville c/ M^{re} Frontil-Couture, ex liquidateur judiciaire de la société Choco Prestige et c/ S.A.R.L. Patou : on note ici encore une confusion entre l'obligation légale d'information précontractuelle et l'obligation d'établir un budget prévisionnel.

sérieux, et attribue en l'espèce l'écart constaté à des facteurs locaux de commercialité tels que l'augmentation du chômage et la baisse de population dans la ville (22).

2. Les limitations de responsabilité du franchiseur

a) La clause d'exonération de responsabilité

Dès le 6 octobre 1992, la Cour d'appel de Douai refuse au franchiseur le droit de « (...) prétendre ne donner de prévision qu'à titre indicatif », et considère que ce dernier « a manqué à son obligation de conseil et de fourniture de renseignements sérieux », compte tenu de l'ampleur de l'erreur.

Au-delà d'une certaine marge d'erreur, la jurisprudence semble rejeter le jeu des clauses exonératoires de responsabilité qui indiqueraient, par exemple, que les chiffres fournis par le franchiseur le sont à titre simplement indicatif (23).

Ainsi, quand l'erreur entre le chiffre prévisionnel et le chiffre d'affaires réalisé atteint plus de 50 %, la jurisprudence juge que le franchiseur a commis une faute lourde dans l'élaboration des prévisions, qui rend inapplicable toute clause exonératoire de responsabilité (24), ce qu'illustrent les récents arrêts De Neuville :

« Considérant que la grossièreté de cette erreur rend inapplicable la clause selon laquelle la société De Neuville s'est exonérée par avance de toute responsabilité du chef de ses prévisions » (25).

Certes, la Cour ajoute « que la fourniture d'une prévision, près de quatre fois supérieure aux résultats obtenus, constitue une faute lourde si ce rapport n'a pas

d'autre cause que la faute du franchiseur.

Mais elle rechigne à reconnaître l'existence d'une faute du franchiseur, dans le fait de ne pas avoir participé aux stages et séminaires pendant deux années de suite (la troisième et la quatrième) dès lors que, dès la première année d'exercice apparaissait un écart important entre les prévisions et les réalisations.

La Cour prononce la résiliation aux torts exclusifs de la société De Neuville et la déboute de sa demande en dommages et intérêts.

b) Le fait du franchiseur

L'expérience du franchiseur, ou encore son implication dans les études prévisionnelles, sont très limitativement admises par les tribunaux comme cause de diminution de la responsabilité du franchiseur.

Ainsi, dans l'arrêt Gérard Pasquier, l'incompétence du franchiseur est retenue au détriment du franchiseur (26), même si l'absence de contestation ultérieure par le franchiseur aboutira en l'espèce à un partage des responsabilités.

La Cour conclut à une violation de l'obligation contractuelle d'assistance à la décision, élément essentiel du savoir faire que le franchiseur doit apporter à ses franchiseurs, qui implique, selon elle, « que la société Gérard Pasquier se préoccupe de la pertinence financière et économique du projet, même et surtout s'il était essentiellement l'oeuvre des époux Vuillerot dont elle connaissait l'inexpérience ». (...)

Même dans l'affaire But (27), où le franchiseur avait analysé l'étude de marché qui lui avait été remise, puisque les parties avaient réduit ensemble le montant du chiffre

d'affaires prévisionnel, la Cour ne procède pas à un partage des responsabilités.

Cela est dû, peut-être, à la trop faible implication du franchiseur : celui-ci n'a pas été convié à participer à la réalisation de l'étude « autrement que pour fournir les renseignements demandés ». On peut donc penser que les franchiseurs auraient intérêt à associer plus étroitement les futurs franchiseurs à l'établissement du compte prévisionnel pour tenter d'échapper, fût-ce seulement partiellement, à leur responsabilité.

Enfin, une dernière cause peut venir atténuer la responsabilité du franchiseur : les circonstances externes à la volonté des parties.

c) Les circonstances externes à la volonté des parties

Bien qu'elle soit restrictive-ment admise par les tribunaux, le dernier arrêt De Neuville (28) illustre parfaitement cette hypothèse : c'est l'augmentation du chômage et la baisse de population locale qui sont présentées comme responsables de l'échec du franchiseur, et nullement les chiffres erronés fournis par le franchiseur, dans la mesure où ceux-ci, qui sont inférieurs à la moyenne nationale du réseau, sont qualifiés de sérieux.

La résiliation du contrat de franchise est prononcée, sans aucun tort mis à la charge du franchiseur.

De même, dans un arrêt du 6 mai 1996, la Cour d'appel de Versailles tient compte du fait que « le contrat a été conclu au début d'une période de récession dont tous les opérateurs économiques ont sous-estimé l'ampleur », et ajoute que « même si la franchise n'avait pas l'expérience de ce type de distribution, elle avait

(22) Paris, 5^e C., 18 décembre 1998, S.A. De Neuville c/ M^{me} Ventura.

(23) Supra arrêt Camaieu.

(24) Traité de droit civil, Vinet, Les obligations, la responsabilité : conditions, n^{os} 606, 611 et 612.

(25) Supra Paris, 16 janvier 1998, De Neuville.

(26) Paris, 21 juin 1996, Gérard Pasquier c/ Cadohél.

(27) Cass. com., 30 janvier 1996, But International c/ Nova Meubles.

(28) Supra : Paris, 5^e C., 18 décembre 1998, S.A. De Neuville c/ M^{me} Ventura.

néanmoins une connaissance approfondie des affaires dans la région bordelaise et était ainsi à même d'apprécier si les objectifs envisagés présentaient ou non un caractère réaliste ».

Enfin, dans l'arrêt De Neuville c/ Patou précité, la Cour considère que le franchiseur n'est pas « entièrement responsable des conséquences de ce choix (de l'emplacement commercial) qui a été guidé notamment par l'importance en 1992, des prix très élevés de cession des baux commerciaux.

Mais elle ajoute que l'importance des investissements requis par l'emplacement nécessitait un sérieux qui a fait défaut en l'espèce.

En particulier, la Cour souligne que la forte proportion d'une population très jeune à Angers, n'a pas été prise en compte, ni même recherchée en 1991 par De Neuville, et qu'il en est de même pour la concurrence très forte exercée alors par des artisans chocolatiers de grande renommée, « la société De Neuville ayant estimé moyenne la concurrence des produits De Neuville à prévoir », se trompant lourdement.

Il en résulte que même si le franchiseur avait « fait preuve d'un dynamisme commercial exceptionnel, elle n'aurait pu réaliser le chiffre d'affaires prévu par la société De Neuville ».

La faute du franchiseur ne fait en conséquence pas l'objet d'une recherche plus approfondie.

Seules importent, en l'espèce, les circonstances extérieures qui jouent, non pas dans le sens d'un amoindrissement de la responsabilité du franchiseur, mais au contraire dans le sens d'une exclusivité de sa responsabilité, dans la mesure où il lui appartenait de tenir compte de ces

contingences et d'en informer son franchiseur.

B. Les sanctions

Il résulte de ce qui précède, que le franchiseur supportera souvent seul, la charge des pertes subies par le franchiseur, à moins que soient réunis plusieurs éléments, qui conduisent les tribunaux à procéder à un partage des responsabilités.

1. Des dommages et intérêts parfois très lourds

Il a été vu que la loi n'oblige pas les franchiseurs à fournir un compte d'exploitation prévisionnel à leurs futurs partenaires.

Mais le montant des dommages et intérêts prononcés en présence d'un écart important entre ces comptes et les chiffres réalisés par les franchiseurs, incite à la prudence.

Ainsi, dans l'arrêt Bricorama (29), la Cour condamne à 1,6 million de francs le franchiseur coupable d'avoir communiqué des chiffres irréalisables.

Le critère reste, bien sûr, le sérieux de l'étude. En l'occurrence, le franchiseur avait remis un compte prévisionnel fondé sur les résultats d'une exploitation similaire en activité sur le même site, mais deux ans plus tôt.

Il est bien évident que face à l'évolution, notamment de la concurrence, sur le marché considéré, une réévaluation plus récente de l'étude aurait dû être faite pour mettre le franchiseur à l'abri de tout reproche.

Dans l'arrêt But International (30), le montant des dommages-intérêts prononcés, soit 20 millions de francs, ne trouve son explication qu'au regard du chiffre d'affaires prévisionnel que

promettait le franchiseur, s'élevant à 90 millions.

Il ne faut toutefois pas en déduire que le préjudice subi par les franchiseurs est établi, ni ne donne lieu à réparation, sur le fondement des gains que font espérer les prévisions du franchiseur, fort heureusement.

Plus raisonnablement, la Cour d'appel de Paris estime au contraire que, complètement indépendant de ces gains que font miroiter les prévisions du franchiseur, le préjudice comprend deux éléments (31) :

— la perte des gains pouvant être espérés sur la donnée objective que constitue le chiffre d'affaires moyen national ;

— les pertes exposées.

Dans l'arrêt De Neuville contre S.A.R.L. Patou précité, la Cour suit le même raisonnement :

Vu les prix de cession de droits au bail, les investissements supplémentaires requis par les aménagements, les particularités locales de concurrence, « la réussite commerciale de la société Patou n'était pas possible, même si De Neuville avait préconisé une installation dans la zone de chalandise la meilleure d'Angers ; qu'il s'ensuit que la société Patou ne peut pas réclamer l'indemnisation de gains calculés sur un chiffre d'affaires irréalisable, mais ne peut solliciter que la condamnation de De Neuville au paiement des sommes perdues par le fait fautif de cette dernière. »

Dans l'arrêt Camaieu (32), la Cour refuse déjà au franchiseur le remboursement de deux années de redevances en réparation du manque à gagner, car « même en l'absence de faute reprochable à la société Diffusion Mode, celle commise par Camaieu International suffi-

(29) Paris, 5^e ch. C., 14 novembre 1997, Bricorama.

(30) Cass. com., 30 janvier 1996, But International c/ Nova Meubles.

(31) Paris, 5^e C., 16 janvier 1998, S.A. De Neuville c/ M^{re} Frontil-Couture, ex qualités de liquidateur judiciaire de la société Choco Prestige.

(32) Riom, 29 octobre 1997, Camaieu International c/ Diffusion Mode.

sait à rendre impossible une exploitation rentable durable ; que dès lors, que l'exploitation ait cessé à sa date ou plus ou moins tard, cette cessation inévitable ne permet pas de retenir comme réalisé un préjudice pour pertes futures, non imputable à l'exploitant. »

Mais elle retient les dommages suivants :

— les investissements engagés pour satisfaire aux exigences de la convention de franchise, ces frais ne permettant aucun profit en dehors du cadre de la franchise. Ce préjudice étant propre à la franchise et ne résultant pas de l'exploitation, la faute de Diffusion Mode est sans effet réducteur sur ce montant ;

— les pertes d'exploitation, qui trouvent leur cause dans les fautes respectivement commises par les parties ; la réparation est due par la société Camaïeu International à hauteur de sa part de responsabilité, celle-ci étant appréciée à 50 %.

2. Des dommages-intérêts parfois partagés avec le franchisé en raison de la nature du contrat de franchise ou de l'attitude du franchisé

Lorsqu'ils n'écartent pas d'emblée la responsabilité des franchisés dans leur échec commercial en raison de l'ampleur de l'erreur commise par le franchiseur dans son étude prévisionnelle, les tribunaux sont parfois conduits à opérer un partage des responsabilités entre les deux partenaires économiques.

Ce partage des responsabilités se fait selon des critères mal définis en jurisprudence, mais semble néanmoins proportionnel :

— à la marge d'erreur commise par le franchiseur ;

— à la gravité de la faute commise par le franchisé, compte tenu de son profil.

Dès lors qu'une étude prévisionnelle a été menée avec la diligence requise, après un examen sérieux du marché, le franchiseur ne peut être jugé responsable de l'échec de son franchisé, même si ce dernier n'était pas, contrairement au franchiseur, un professionnel du secteur économique considéré.

C'est ainsi que la Cour de cassation refuse, en 1992, de sanctionner un franchiseur pour la seule raison que les chiffres par lui annoncés ne sont pas atteints (33).

En présence d'une simple obligation de moyens, il ne peut être reproché au franchiseur la non-réalisation des prévisions, du fait de l'incapacité du franchisé à atteindre les résultats prévus ou en raison de faits non normalement prévisibles au moment des études préalables.

Dans le droit fil du courant jurisprudentiel alors dominant, la Cour d'appel de Douai considère que le franchiseur ne saurait être tenu pour responsable des difficultés économiques de son cocontractant : « si les comptes d'exploitation prévisionnels paraissent optimistes par rapport au chiffre d'affaires réalisé par Modes et loisirs, il s'agit d'indication, Phildar n'ayant jamais contracté d'obligation de résultat », ce qui est le pendant de la nécessaire indépendance des deux parties à un contrat de franchise.

En effet : « Le franchiseur ne peut s'immiscer dans la gestion du fonds ni exiger du franchisé, qui est un commerçant indépendant, qu'il obéisse à ses suggestions, les risques du commerce demeurant à la charge du franchisé

puisque ils sont fonction de son travail, de ses qualités professionnelles, de son affabilité, de son intelligence commerciale, plus encore que de la réputation de l'enseigne » (34).

La faute exclusive du franchiseur peut encore être rejetée en se fondant, non pas essentiellement sur la nature de l'obligation du franchiseur, mais sur la personne du franchisé.

Dès lors que c'est le franchisé qui a établi son propre compte prévisionnel, qu'il n'a de surcroît pas contesté les termes du contrat de franchise après sa signature, et que « l'avenant au contrat de franchise témoigne au contraire d'une discussion des dispositions de la convention type dont le préambule attirait particulièrement l'attention du franchisé sur le risque qu'il lui faudrait assumer », la Cour conclut à une responsabilité partagée des deux partenaires (35).

Dans cet arrêt, la Cour met l'accent sur le comportement précontractuel passif des franchisés, et sur le fait qu'ils n'ont pas respecté, après la conclusion du contrat, les recommandations du franchiseur, pour retenir à leur charge une part de responsabilité qu'elle résume sous la formule désormais célèbre selon laquelle les franchisés « ont pris le risque d'une aventure commerciale à laquelle ils n'étaient pas préparés dans des conditions qui la menaient à l'échec ».

La société franchiseur étant néanmoins coupable de n'avoir « pas mis en garde son franchisé ainsi qu'elle y était tenue, (...) la nullité du contrat de franchise est prononcée à leurs torts partagés dans une proportion d'un quart pour le franchiseur et de trois quarts restant pour

(33) Cass. com., 19 mai 1992, *Moyrand et qualités c/ Société Disco*.

(34) Douai, 4 juillet 1996, *Les Fils de Louis Mulliez c/ M^r Tiberghien*, et qualités de la S.A.R.L. Modes et Loisirs.

(35) Paris, 21 juin 1996, *Gérard Pasquier c/ Gadohel*.

la société Cadohel et ses dirigeants ».

Cette décision, qui pour la première fois opère un partage de responsabilités face à un compte prévisionnel erroné, au motif qu'il incombe au franchisé de se renseigner auprès d'autres franchisés, l'invite vivement à « solliciter tous conseils utiles avant de prendre la moindre initiative ».

Enfin, sans même analyser l'attitude passive ou fautive des franchisés, la Cour d'appel de Riom dans un arrêt plus récent, retient leur responsabilité en raison du simple fait qu'ils étaient des professionnels avertis du marché en cause, dont le sens critique aurait dû, en cette qualité, s'exercer, même si l'ampleur de l'erreur la fait conclure à une faute de la part du franchiseur (36).

Alors même que l'affaire révèle l'absence d'étude de marché sérieuse, et d'aide au choix de l'implantation, voire à cause de ça, la Cour retient une part de responsabilité à la charge du franchisé :

« Attendu que le franchisé Diffusion Mode a, quant à lui, accepté entièrement les prévisions produites par la société Camaïeu International, procédé aux investissements onéreux préconisés et mis en œuvre les propositions faites ; que l'on peut tout de même s'interroger sur l'absence préalable de sens critique, pour un professionnel averti, s'engageant au seul vu des comptes prévisionnels présentés, alors d'une part, que des études concrètes et circonstanciées du marché local n'étaient pas, malgré les stipulations conventionnelles, présentées, alors d'autre part que, prudemment, la même convention plaçait ces prévisions dans un contexte théorique hypothétique « d'une exploitation performante

assurée dans d'excellentes conditions », alors enfin, en troisième part, que MM. Montel étaient parfaitement connaisseurs des marchés auvergnats dans le domaine de leur commerce, leur enseigne couvrant par ailleurs dans la région une vingtaine de fonds.

Attendu qu'ainsi la société Diffusion Mode a dès les débuts, ayant une connaissance propre de la nature et de l'importance du marché local au lieu d'implantation du magasin en cause, accepté sans réserve des prévisions optimistes. »

Enfin, l'on ne saurait terminer cette étude sans évoquer une décision qui, pour avoir été rendue par le Tribunal de commerce de Paris, n'en est pas moins extrêmement intéressante (37).

Cette décision confirme que le franchiseur n'est pas responsable des difficultés économiques de son cocontractant, n'étant pas tenu d'une obligation de résultat, et rappelle que les risques du commerce « demeurent à la charge du franchisé puisqu'ils sont fonction de son travail, de ses qualités professionnelles, de son affabilité, de son intelligence commerciale plus encore que la réputation de l'enseigne », reprenant les termes mêmes employés par la Cour d'appel dans l'arrêt Phildar contre Modes et Loisirs précité.

La nouveauté réside dans le fait que, sans même se référer au comportement, abusivement passif ou dénué de sens critique, du franchisé, le Tribunal impute l'échec de son exploitation au franchisé sur le fondement des résultats très satisfaisants qu'ont obtenu d'autres franchisés du réseau.

« Attendu que le Tribunal trouve dans les résultats très satisfaisants de nombreux

franchisés Jeff de Bruges notamment des repreneurs du même fonds de commerce une confirmation du savoir-faire du franchiseur, et du caractère probant de ses affirmations aux termes desquelles la carence de M. Cattani est responsable de l'échec d'une entreprise peut-être trop hâtivement interrompue. »

Le franchisé est débouté de l'ensemble de ses demandes, fondées notamment sur un écart de près de 40 % entre le chiffre prévisionnel et le chiffre réalisé.

L'on peut se réjouir d'une décision qui tienne enfin compte des performances des franchisés et du succès d'un réseau de franchise pour conclure logiquement au savoir-faire de son dirigeant, mais la prudence impose d'attendre les développements ultérieurs de cette jurisprudence.

Olivier GAST

Avocats à la Cour
Cabinet Gast

(36) Riom, 29 octobre 1997, Camaïeu International c/ Diffusion Mode.

(37) Trib. com. Paris, 11^e, 26 janvier 1998, Société Choc'bel c/ Société Cocidac.